جامعة الجزائر3

كلية علوم الاعلام والاتصال

قسم الاتصال

مطبوعة دروس مقدمة للسنة الثانية ليسانس جذع مشترك

اعلام واتصال

اعداد الدكتورة أمال قاسيمي

السنة الجامعية:2022/2021

الأهداف المسطرة من تدريس مقياس المدخل للعلوم القانونية

يهدف المقياس إلى توسيع المعارف حول ماهية القانون من خلال محاولة استيفاء مختلف أبعاد المدخل و ذلك بالتفصيل في محاور النظرية الاولى منه ألا و هي النظرية العامة للقانون، ثم محاولة تلخيص أهم ما يتعلق بقسمه الثاني و المتمثل في نظرية الحق . وذلك لكون المدخل لبنة أساسية في التكوين في مختلف الشعب والتخصصات، حيث أنه لا يمكن الاقتصار على التكوين الاكاديمي دونما اكساب الطلبة و الباحثين القدرة على التعامل مع المادة القانونية التي تحكم كل السلوكات وجميع الانشطة والأفعال خاصة إذا علمنا أنه لا يعذر أحد أبد بجهل القانون

لذلك سيتم تناول مجموعة من المحاور الأساسية التالية، والتي تمكن الطالب من الولوج عبر مفهوم المدخل بشكل عام، والتطرق إلى تعريف القانون وكذا تعريف أهم وحدة عضوية له وهي القاعدة القانونية، ثم محاولة التدقيق فيها، ثم الانتقال إلى أقسام القانون وكذا المصادر التي تعطي المشرع المادة الخام في بناء القاعدة ومن ثمة نطاق تطبيق القانون، وذلك وفق البرنامج الموالي:

المحور الأول: النظرية العامة للقانون

المحاضرة رقم (01): مدخل عام حول القانون، القاعدة القانونية وأهمية القانون في المجتمع

المحاضرة رقم (02): خصائص القانون(القاعدة القانونية).

المحاضرة رقم (03) : تصنيف القاعدة القانونية وتمييزها عن غيرها من القواعد

المحاضرة رقم (04): مصادر القاعدة القانونية

المحاضرة رقم (05): اقسام القانون

المحاضرة رقم (06): مجالات تطبيق القواعد القانونية

المحور الثاني : النظرية العامة للحق

المحاضرة رقم (07): تعريف الحق وتحديد صاحب ومحل الحق

المحاضرة رقم (08): مصادر الحق وحمايته

المحاضرة رقم (09): انواع الحقوق.

المدخل إلى علم القانون:

من المعروف أن المدخل إلى أي علم من العلوم يقصد به تعريف هذا العلم و بيان الخصائص التي يتميز بها عن غيره من العلوم الأخرى، مع تقديم المبادئ الأساسية فيه و شرح الأفكار الرئيسية و عرض القواعد العامة التي يقوم عليها، و بتعبير آخر نقول أن مدخل أي علم هو هيكلة الخطوط العريضة لذلك العلم لتكون بمثابة الأساس المتين المترابط الذي يسهل للدارس أن يستوعب تفاصيل ذلك العلم عند الدخول إلى فروعه وتقسيماته المتعددة، وفهم النظريات المختلفة التي تحكم تلك التفصيلات.

ومن هذا المنطلق نقول أن المدخل إلى علم القانون هو دراسة تمهيدية وشرح للمبادئ العامة المشتركة في العلوم القانونية. وهذا يعني أن المدخل إلى علم القانون ليس مرتبطا بفرع معين من فروع القانون التي تنتظم جميعها في إطار عام هو النظام القانوني للدولة، لأنه يرتبط بكل فروع النظام القانوني.

ونستخلص من هذا إلى القول بأن النظام القانوني في أي دولة بما يشمله من القانون العام والقانون الخاص بفروعهما، يقوم على أسس ومبادئ ونظريات عامة، تستخدم فيها تعبيرات ومصطلحات قانونية مشتركة، لها مدلولات ثابتة لا تتغير، وهي موضوع الدراسة دائما في المدخل إلى العلوم القانونية، وهي التي تتضمنها بوجه عام النظريتان الأساسيتان: وهما النظرية العامة في القانون والنظرية العامة في الحق.

-**المحور الأول: النظرية العامة للقانون**

المحاضرة رقم (01): مدخل عام حول القانون، القاعدة القانونية وأهمية القانون في المجتمع

يعتبر القانون هو فرع من فروع العلوم الاجتماعية الهامة، وهو علم هام و نافع لكل أفراد المجتمع على السواء، فهو العلم الذي يحدد النطاق المشروع لتصرفات الأفراد وعلاقاتهم داخل مجتمع منظم.

فليس بإمكان الإنسان أن يعيش حياة الهمجية و الفوضى ويغفل احترام القانون، فإذا كان الإنسان قد اختار الاندماج في مجتمع تتشابك فيه مصالح أقرانه وتتعارض فهو ملزم بالامتثال لأحكام القانون.

ومن هنا كانت مقولة الرومان إنّ القانون والمجتمع قرينان لا ينفصلان، أو بالترجمة الحرفية لهذه العبارة هي كلما وجد مجتمع وجد قانون، فالإنسان المنعزل الذي يعيش وحده بعيدا عن الجميع ويكون معتمدا على نفسه في تصريف أمور حياته غير موجود في الواقع

أولا: تعريف القانون

القانون لغة هو مقياس كل شيء وطريقه،[1] فهو يدل على معنى النظام والترتيب والانتظام والاطراد، فإذا تكرر أمر معين على وتيرة واحدة بحيث يعتبر خاضعا لنظام ثابت قيل انه يخضع لقانون معين،[2] فيقال في علم الطبيعة قانون الجاذبية أو قانون الثقل، وفي علم الاقتصاد قانون العرض او لطلب مثلا. ومفاد ذلك أن يكون لكل شيء قانونه :فقانون الطبيعة هو القوة و قانون المنطق هو الحق، وقانون الأخلاق هو الخير، أما قانون العدالة فهو الحكم بين الناس بالقسط والمساواة.

إن كلمة القانون ليست كلمة عربية وإنما هي مأخوذة من اللغة الاغريقية انتقلت الى اللغة العربية باصلها اليوناني kanun وهي تعني العصا المستقيمة، لكن الكثير من

---

[1] مجمع اللغة العربية، الجزء2، 1985، ص793

[2] سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، عالم الكتاب الحديث، دون طبعة،1987، ص9

اللغات تفسرها بالاستقامة فقط دون العصا كما هو الحال بالنسبة للغة الانجليزية التي تعبر عنها بـ: right وفي الالمانية recht والفرنسية droit وتقابلها في الايطالية diritto وتقابلها في الاستخدام في اللغة الانجليزية يستعمل مصطلح law.[1]

إن كلمة القانون تستخدم كمعيار لقياس انحراف الأشخاص عن الطريق المستقيم أي عن الطريق التي سطره لهم القانون لكي يتبعوه في معاملاتهم .ولكن لا يستخلص من هذه المعاني إلى فكرة تقريبية عن القانون، فالمعنى اللغوي لكلمة القانون هو القاعدة أو القواعد التنظيمية لأمر معين. [2]

أما إصطلاحا ويستخدم فقهاء القانون مصطلح القانون للدلالة على التشريع الصادر من السلطة التنظيمية، وقد يدل على علم القانون ذاته باعتباره مجموعة النظريات والقواعد الكلية التي لا تتقيد بزمان أو مكان معين . وقد يقصد به كافة القواعد القانونية أيا كان مصدرها بحيث يصبح القانون هو جملة القواعد العامة والمجردة والملزمة التي تنظم سلوك الأف ا رد في المجتمع، ويفرض جزءا على من يخالفها، وهذا المعنى هو الأقرب لمعنى القانون[3] .

وعليه يتفق الفقهاء بوجه عام على إمكانية أن نعرف القانون بانه مجموعة القواعد العامة الملزمة لتنظيم علاقات أو السلوكيات الاجتماعية لعموم الأشخاص في المجتمع[4]

وعليه يمكن أن نقول أن القانون عموما يعني اداة لتنظيم العلاقات بين الأفراد في المجتمع، سواء كانت في شكل قواعد أخلاقية أو عرفية غير مكتوبة او كانت في شكل قواعد تشريعية مكتوبة.

---

[1] احمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار الأكاديمية للطبع والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011، 10.

[2] سليمان مرقس، المرجع سابق الذكر، ص13

[3] توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، دار الجامعة القاهرة، 1993، ص15.

[4] سليمان مرقس، المرجع سابق الذكر، ص9

ثانيا: الاستخدامات المختلفة لكلمة قانون : إن كلمة قانون تستخدم للدلالة على كل قاعدة ثابتة تدل على تحقق استقرار أمر معين، وهي تستخدم في استخدامين أساسين :

-في مجال العلوم الطبيعية:

يحكم العلاقة الطبيعية مجموعة من القواعد التي يتوصل إليها الباحثون،، وتهدف هذه القواعد الى تفسير الظواهر الطبيعية المختلفة التي تتم دراستها على حدى، ويتم تفسير هذه الظواهر على اساس مبدأ جوهري هو مبدأ السبب، أو ما يسمى بالعلاقة السببية،[1] وعليه فالعلوم الطبيعية تقوم على تقنية أساسية وهي أنه لا توجد نتيجة دون سبب وهو ما يسمى بالعلاقة السببية التي تعتبر أساس كل القواعد العلمية، ويقوم القانون العلمي على التجربة وإثبات العلاقة السببية.

-في مجال العلوم الإنسانية والاجتماعية: يستعمل مصطلح قانون للدلالة على مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد وتنظم علاقاتهم في المجتمع على نحو إلزامي والواجب احترامها. فمصطلح القانون بهذا المفهوم يستعمل للدلالة على معنى واسع لكلمة قانون.

في حين المعنى الضيق يقصد به مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تصدرها السلطة التشريعية لتنظيم علاقات الأشخاص أو علاقاتهم بالدولة.

الأنسب في هذه الحالة استعمال مصطلح التشريع عوض عن القانون وتدارك ذلك في اللغة الفرنسية إذ يستعمل مصطلح loi.

ثالثا: التمييز بين القانون والمصطلحات المشابهة له

- القانون والحق: droit objectif et droit subjectif إن العلاقة بين القانون والحق علاقة لا تنفك، فالحقوق لا توجد ولا تحترم إلا في ظل تنظيم قانوني وما لم توجد قواعد قانونية تبين ما لك وما عليك فلن يكون لك أو لغيرك حق من الحقوق، فالعلاقة بين القانون والحق علاقة الوسيلة بالغاية، فالقاعدة القانونية أداة

[1] تناغو سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986، ص31.

هدفية أو وسيلة تهدف إلى تنظيم الحقوق وكفالتها .فمثلا القاعدة القانونية التي تقرر أن المشتري يلتزم بدفع ثمن ما اشتراه إلى بائع معين تخول للأخير الحق في أن يأخذ الثمن من المشتري .فالقانون لم يوجد إلا لينظم الحقوق، والحقوق لا توجد إلا في ظل القانون.

إذن العلاقة بين القانون والحق علاقة وطيدة، إذ أن الحق يتولد عن القانون الذي يتولى تحديد صفة الحق وكيفية ممارسته وحدوده.

ويقال أن القانون والحق وجهان لعملة واحدة، إذ أن كل قاعدة قانونية تهدف لمنح حقوق و/أو ترتيب التزامات فوجود الحق يستند إلى نص القانون.

من الناحية الاصطلاحية يطلق مصطلح droit بالفرنسية على كل من القانون والحق، وهذا ما أدى إلى الخلط بينهما، لذا تم إضافة صفة objectif لدلالة على القانون وSubjectif لدلالة على الحق.

أما في اللغة الانجليزية فيوجد مصطلحين، إذ يطلق على القانون مصطلح Law وعلى الحق مصطلح Right.

القانون والتقنين Droit et Code: يقصد بالتقنين تجميع النصوص القانونية في مدونة واحدة يطلق عليها باللغة الفرنسية مصطلح Code أما في اللغة العربية فغالبا ما يستعمل مصطلح القانون للتعبير على التقنين.

;قد تستعمل كلمة قانون للدلالة على التقنين، والذي يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تدونها السلطة المختصة في كتاب واحد بهدف تنظيم فرع من فروع القانون مثل التقنين المدني، التقنين التجاري، تقنين العقوبات وغيرها.

ويتضح أن كلمة قانون أعم من كلمة تقنين، ومع ذلك شاع استعمال كلمة قانون في معنى التقنين، وهذا يعتبر خطأ لفظي لا بد من تداركه التزاما بقواعد اللغة العربية، ففي التشريع الفرنسي مثلا يستخدم مصطلح Code للدلالة على التقنين. [1]

[1] تناغو سمير عبد السيد، ص31.

القانون والتشريع: يقصد بالتشريع مجموعة القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التي تضعها السلطة التشريعية في صورة مكتوبة، دون غيرها من القواعد التي تنشأ من المصادر الأخرى.[1] ولعل أهمية التشريع ووزنه الثقيل بين المصادر الرسمية للقانون هي التي دعت ورخصت في إطلاق مصطلح" قانون "على التشريع، وهو ما يفسر دقة القول " :كل تشريع قانون وليس كل قانون تشريع[2]."

رابعا: أهمية القانون في الحياة الاجتماعية.

1. **تحقيق الامن والنظام في المجتمع:** حتى يتمكن الفرد في المجتمع من أن يكون آمنا على نفسه وماله و عرضه، وذلك من خلال تحقيق التوازن بين مصالح الأفراد بمنع الاعتداء بكل اشكاله. وهذا يقودنا إلى القول بأنه من وظائف الدولة وظيفة المحافظة على النظام الاجتماعي . وبما أنه لا ي وجد نظام اجتماعي تلقائي (**عفوي**) ، و بما أن حالة الفوضى لا تكون إلا للدلالة على حكم الأقوى ، فللقانون وظيفة عامة التي هي تكريس وضمان النظام الاجتماعي.

غير أن هذا النظام الاجتماعي لا يكون الهدف النهائي للمجتمعات، حيث يهدف المجتمع إلى غايات أدبية أو اجتماعية سواء كانت فردية أو جماعية، وهذه الغايات متعددة وأحيانا متناقضة، فيلجأ القانون إلى اختيار البعض وتكريس كل غاية بقواعد قانونية، فمثلا وعلى سبيل الذكر لا الحصر.

من الغايات الأدبية : حسن السيرة و الأخلاق العدالة ....

ومن الغايات المادية : إدارات مصالح عمومية : جيش تربية والتعليم الصحة ....

تشجيع بعض الأنشطة الاقتصادية وتحديد البعض الآخر....

---

[1] حبيب ابراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون) ط2 ، ديوان .المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999، ص19

[2] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الأول، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة التاسعة عشرة، دار هومة، الجزائر 2012، ص14

ونستخلص من هذه المعطيات بأن للفرد حقوق يحميها القانون، ومقابل ذلك عليه واجبات هو ملزم باحترامهما، ومن هنا تبرز فكرتا الحق والقانون، واللتان تعدان محورا المدخل للعلوم القانونية.

لذلك كان الحق مزية أو قدرة يقرها القانون و يحميها لشخص معين على شخص آخر (طبيعي أو معنوي) أو على شيء معين (مادي أو أدبي : مثلا : حق الملكية حق الانتخاب وهو ما يعرف في الفرنسية ب(**Droits Subjectifs**) :

أما القانون فهو بصفة عامة مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع ، و تتضمن أحكاما موضوعية تبين الحقو و الواجبات المختلفة في مجتمع ما و التي تسهر على احترامها السلطة العمومية، وهو ما يعرف في الفرنسية. **(Droit Objectif)**

2. **تحقيق العدالة:** فالناس متساوون أمام القانون، ومبدأ المساواة جوهر العدل .وما القانون إلا وسيلة لتحقيق ذلك المبدأ. فالعدالة من الافكار التي ظلت تهيمن على الجماعة والاركان الاساسية في بناء القانون.
3. **العمل على ترقية وتطوير المجتمعات:** إن العلاقة بين توفر الامن والنظام والعدالة في أي مجتمع وازدهاره هي علاقة تلازم، لأن الامان من شأنه أن يخلق الدافعية لدى الافراد مما يؤدي إلى رفع الكفاءة والكفاية ومنه دفع اقتصاد الدولة إلى الامام.

المحاضرة رقم (02): خصائص القانون(القاعدة القانونية).

لقد تأسس الفقه على تحديد خصائص القاعدة القانونية بأنها قواعد تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع وأن هذه القواعد تأتي في صيغة عامة مجردة وأنها ملزمة، وسنحاول أن نفصل في ذلك فيما يلي.

1. القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي:

أولا-المقصود بالسلوك : إن غاية القانون هو إرساء تنظيم محكم لسلوك الأشخاص، إذ أن الإنسان كائن اجتماعي لا يستطيع أن يعيش بمفرده.

كما أن الجماعة لا يمكن أن تعيش بدون قانون ينظم ويحدد سلوك أفرادها، لهذا فالقواعد القانونية لها طابع اجتماعي لكونها تمثل خطابا موجها إلى أفراد المجتمع.

فالحياة تتطلب في المجتمع بالضرورة تنظيما لسلوك الأشخاص وعلاقاتهم في المجالات المختلفة بوضع قواعد ملزمة تبين حدود حرياتهم و تحقق العدل فيما بينهم مراعية التوفيق بين مصالحهم المتعارضة ورغباتهم المتباينة.

أضف الى أن الإنسان يعيش بين أفراد المجتمع ، وهو ما يتطلب منه التقيد بسلوك معين داخل المحيط الذي يعيش فيه احتراما للغير حتى لا تتصادم مصالحه مع مصالح غيره ، وهذا حفاظا على الاستقرار داخل المجتمع ، فلذلك لابد من إقرار قواعد ترسم سلوك الأشخاص بصورة آمرة أو ناهية ارتبطت دائما ببيئة اجتماعية معينة سواء كانت في نطاق ضيق كالأسرة أو القبيلة أو امتدت إلى نطاق واسع بأن شملت إقليم الدولة كما هو الشأن في المجتمعات الحديثة أو تجاوزت نطاق الدولة إلى المجتمع الدولي.

إن القاعدة القانونية ليست قاعدة روابط اجتماعية فقط تنظم العلاقات بين أفراد المجتمع ، وإنما هي أيضا قاعدة سلوك بالنسبة للشخص، وعليه فالقاعدة القانونية تهتم بالسلوك الخارجي للأشخاص ولا تعتد بنواياهم وأفكارهم إلا حيث تقترن بمسلك مادي ظاهر يكشف أو يعبر عنها .أي أنه يشترط في السلوك المقصود هنا أن يكون ظاهرا

معلنا لأن القانون لا يهتم بما يدور في نفوس الأفراد من نوايا ومشاعر إلا في حدود ضيقة، بل يتكفل فقط بما يظهر على شكل أفعال مادية.[1]

فهي قاعدة سلوك اجتماعي تعتد بالمظهر الخارجي للأفعال لا تعتد بالنوايا إلا إذا ترتب عنها سلوك مادي ظاهر ويعبر عنها، فالقانون يعتد بالنية المسبقة فيجعل مثلا عقوبة القتل العمدي المقرون بنية الإصرار أشد من عقوبة القتل الخطأ مثلا. وعند تنظيمه للسلوك الاجتماعي للأشخاص ينظمه بطريقة آمرة أو ناهية فإذا أمرهم يجب أن يأتمروا وإذا نهاهم يجب أن ينتهوا.

مثال :لا تتدخل القاعدة القانونية بالتجريم والعقاب لمجرد تفكير إنسان في قتل إنسان آخر، وإن كان يعتبر مذنبا من وجهة نظر الدين والأخلاق .ومع ذلك قد تهتم القاعدة القانونية بنية الشخص في حالات استثنائية كما في حالة التمييز بين القتل الخطأ والقتل العمد عن طريق الركن المعنوي للجريمة.[2].

ثانيا-القانون وليد البيئة الاجتماعية ومرتبط بها :أي أنه يختلف من مكان إلى آخر وفي نفس المكان من زمن إلى آخر لأنه يرتبط دوما ببيئة اجتماعية معينة[3] ، لذلك نجد المشرع يتدخل من حين إلى آخر لتعديل النصوص التشريعية القائمة حتى تتلاءم مع الظروف الجديدة في المجتمع .[4]

وقواعد القانون تولد وتنمو وتتطور في البيئة الاجتماعية جنبا إلى جنب مع قواعد السلوك الاجتماعية الأخرى، لأن القانون لا ينفرد بتنظيم سلوك الأفراد وإنما تشاركه في ذلك قواعد الدين والأخلاق.[5]

ثالثا-القانون ضرورة اجتماعية : إن قواعد القانون تنشأ وتنمو وتتطور في البيئة الاجتماعية جنبا إلى جنب مع قواعد السلوك الاجتماعية الأخرى ،لأن القانون لا ينفرد

[1] مصطفى محمد جمال /محمد محسن قاسم ، النظرية العامة للقانون – القاعدة القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية2001، ص24

[2] انظر المواد 255 و261 و288 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم

[3] عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية،(النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، دار ريحانة، الجزائر، 2000ص29

[4] خليل احمد حسن قدادة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2002، ص11

[5] حبيب ابراهيم الخليلي ،مرجع سبق ذكره، ص25.

بتنظيم سلوك الأفراد وإنما تشاركه في ذلك قواعد أخرى قد تكون لها بالأخلاق والأعراف والعادات السائدة داخل المجتمع أو ديانة معينة.

ويعتبر القانون ضروري لحفظ أمن واستقرار المجتمع وبعث الطمأنينة بين أفراده، ولكي يؤدي الفرد وظيفته في المجتمع ينبغي أن يوجه له خطاب لتنظيم سلوكه بما أتت به القاعدة القانونية.

إذن القاعدة القانونية بمعنى آخر تحدد ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات، لكن لا يكتفي القانون بالدعوى إلى السلوك الواجب على سبيل النصح كما هو الشأن في الأخلاق، وإنما ينظم بقواعده سلوك الأشخاص بصورة آمرة أو ناهية .ومن أمثلة ذلك: الأمر الذي جاء في المادة129 / من القانون المدني الجزائري، حيث تنص على أنه" :يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة وأن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل العادي."

أما النهي فمن أمثلته ما قضت به المادة 211 من قانون العقوبات من أن " :كل من ارتدى يغبر حق بزة نظامية أو لباسا مميزا لوظيفة أو صفة أو شارة أو وساما وطنيا أو أجنبيا يعاقب بالحبس."....

وعليه فمن النتائج المترتبة عن القانون كقاعدة سلوك اجتماعي هي:

– القانون علم من العلوم الاجتماعية

– القانون مجموعة قواعد اجتماعية من حيث الزمان (لأنه يتغير ويتطور بالتطور الذي يلازم جميع الميادين وهو ما يعني اجبارية مواكبته لهذا التطور في جميع الميادين السياسية الاقتصادية الاجتماعية الدينية...) والمكان (فلكل دولة قانون خاص بها وهو ما يسمى بالقانون الوضعي)

2. القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة : لقد صاغ المشرع القاعدة القانونية بعبارات عامة ومجردة فتتعلق بالأفراد في المجتمع عامة ونطبق على كل واقعة متى

توافر للقاعدة شروط تطبيقها، فالقانون يتضمن تكليفا عاما ومجردا ويكون موجها لكل من تتوفر فيه صفة معينة [1].

ويقصد بالعمومية أن القاعدة القانونية لا توج الى شخص معين بذاته من حيث هويته الخاصة، وانما توجه الى جميع الاشخاص بالنظر الى صفاتهم لا ذواتهم، ولكن هذا لا يمنع من أن يخاطب القانون طائفة معينة من الأشخاص بالنظر إلى صفاتهم كموظفين أو طلبة أو محامين...الخ [2]

والتجريد معناه أن القاعدة القانونية لا تتعلق ولا تخاطب شخصا معينا بالذات(أي لا يذكر اسمه)، ولا واقعة محددة بذاتها .بل تتعلق بالشروط اللازم توفرها في الواقعة التي تنطبق عليها، والأوصاف الواجب أن تتوفر في الشخص المخاطب بها.[3]

مثال ذلك القاعدة التي جاءت بها المادة 124 من التقنين المدني،[4] والتي تقضي بأن "الخطأ الذي يسبب ضررا للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض"، هي قاعدة قانونية عامة ومجردة تنصرف إلى كل الوقائع التي يتحقق فيها ركن الخطأ وتتوجه إلى كل الأشخاص الذين يرتكبون هذا الخطأ،

تظهر الحكمة من هذه الخاصية في:

- تحقيق المساواة بين الناس أمام القانون ومنع التحيز لمصلحة شخص معين أو ضد شخص معين، لذلك ترتبط فكرة العمومية والتجريد بفكرة العدل وتحقق انتصارا للأخلاق في إطار القانون.
- ضمان حريات المواطنين وصيانتها من استبداد الحكام
- استحالة وضع قرارات أو أوامر خاصة لحكم سلوك كل فرد من أفراد المجتمع على حدى..[5]

---

[1] فاضلي ادريس، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، 19

[2] سامية لموشية، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، منشورات منصور الوادي، الجزائر، 2022، ص27.

[3] لحسين بن شيخ أث ملويا، مدخل إلى دراسة القانون، الكتاب الأول :النظرية العامة للقانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص19.

[4] التقنين المدني الصادر بمقتضى -الأمر رقم 75-58 والمؤرخ في 26-9-1975 المعدل والمتمم

[5] محمد سعيد جعفور، مرجع سبق ذكره، ص24.

فالمشرع بوضعه لقواعد عامة ومجردة يسعى إلى تحقيق العدل، لكن لا يسعه تحقيق العدالة بوضع الحل المناسب لكل شخص حسب قدراته وظروفه. و مع ذلك فان عمومية وتجريد القاعدة القانونية تعد من أهم الضمانات في مواجهة استبداد الحكام من خلال إخضاع تصرفاتهم لقواعد محددة مسبقا تسري على الجميع على قدم المساواة تطبيقا لمبدأ شرعية السلطة.

3. **القاعدة القانونية قاعدة ملزمة مقترنة بجزاء:** تفيد خاصية الالزام بأن القاعدة القانونية واجبة الاحترام والتنفيذ من جميع المخاطبين بها، ومصحوبة بأمر أو نهي يستقر في ضمير الجماعة الزامه و ضروريته لسير الحياة الاجتماعية ، وان كان يكفي أن يكون معروفا سلفا لمن يخالفها انه جزاء سيوقع عليه حتما، فهي قد تفرض التزامات متعددة وعلى المعنيين بالأمر بتنفيذها.

و الالزام هو ما يميز القاعدة القانونية عن قواعد الأخلاق و الدين، وتبرز خاصية الالزام في الجزاء الذي يوقع على من يخالف تلك القاعدة القانونية.

كما أن خاصية الالزام تعد إحدى الخصائص الأساسية للقاعدة القانونية، فهذه الأخيرة هي أمر أو تكليف للمخاطب بها وليست مجرد نصيحة أو توصية يعمل بها الفرد أو يتركها.[1]

إن خاصية إلزام القاعدة القانونية تقوم على فكرة الجزاء الذي يعرفه بعض الفقه بأنه القصاص من المخالف لحكم القانون توقعه السلطة العامة المختصة جبراً، لكي يكون عبرة لمن تسول له نفسه سلوك مسلكه، [2]وعليه فإن فكرة الجزاء تعني الضغط على إرادة الفرد وحمله جبراً على احترام قواعد القانون إن لم يطعها اختياراً، إذ لو تركت هذه القواعد دون جزاء لتحولت إلى مجرد نصائح ورجاء إن شاء الشخص إتباعها وإن شاء عدل عنها وخالف أحكامها.

إن القانون وجد لمنع وقوع الخطأ لذلك يجب أن تكون لديه الوسائل التي تكفل له ذلك، فإن كان القانون لا يحمل الأشخاص على احترامه بالقوة فلا يعد قانونا إلا من حيث

[1] محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006، ص13

[2] محمد سعيد جعفور، مرجع سبق ذكره، ص26.

الظاهر فقط،[1] فاقتران القاعدة القانونية بالجزاء المترتب عند مخالفتها لا يعني منح الشخص إمكانية الاختيار بين لزوم حكمها أو التعرض لجزائها، حيث سيظل الأصل متمثلا في إتيان السلوك الذي تقضي به القاعدة، وسيكون الجزاء مقررا لضمان امتثال حكمها.[2]

أضف إلى أن هذا لا يعني أن احترام القانون يرجع دائما إلى الخشية من توقيع الجزاء فالغالب أن يصدر هذا الاحترام عن رغبة تقوم على أساس الشعور بأن القانون ضرورة اجتماعية لا بد منها لحماية النظام في المجتمع والسير بالجماعة في طريق التقدم، لكن هذا لا يقلل من دور الجزاء بوصفه ضرورة حتمية لحمل الناس على احترام القانون لذلك فقد دعت الضرورة لوجود سلطة عامة مختصة يعهد إليها بكفالة احترام القانون وفي المجتمع الحديث فالدولة هي التي تقوم بتوقيع الجزاء على من يخالف القانون ، فلا يجوز لأي شخص أن يوقع الجزاء بنفسه على من أساء إليه بمخالفة القانون ولا إن يقتص بنفسه ممن اعتدى عليه، ولا أن يسترد ماله بالقوة ممن اغتصبه، وانما يجب عليه اللجوء إلى السلطة المختصة، وهي القضاء.

وتعتبر قواعد قانون العقوبات أبرز مثال للقواعد القانونية التي يتحقق فيها هذا الغرض، فليس الهدف من توقيع الجزاء على مقترف جريمة القتل مثلاً إصلاح الضرر الذي أحدثه المجرم لأن هذا الإصلاح كثيراً ما يستحيل تحقيقه، فليس الهدف من معاقبة المجرم هو إحياء المجني عليه، بل توقيع العقوبة عليه وردع غيره حتى لا يقدم على مثل فعلته.[3].

يمكن ان نلخص مميزات وخصائص الجزاء المقرر في حالة مخالفة القاعدة القانونية فيما يلي:

-جزاء مادي ملموس

[1] احمد محمد رفاعي، المدخل للعلوم القانونية" نظرية القانون، برنامج الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة بنها، 2008، ص29

[2] ابراهيم حبيب الخليلي، مرجع سبق ذكره، ص34.

[3] سميد السيد تناغو، مرجع سبق ذكره، ص76.

يتخذ الجزاء القانوني مظهرا خارجيا ملموسا، إذ يمس الشخص المخالف في جسمه أو في ماله كما يتمثل في إزالة المخالفة ذاتها، وهذا ما يميزه عن الجزاء الأخلاقي الذي يكون معنوي يتمثل في استهجان المجتمع وتأنيب الضمير. [1] ما يعني أن الجزاء لا يقتصر على مجرد عقاب معنوي كما في حالة مخالفة قواعد الأخلاق والمتمثل في مجرد تأنيب الضمير، بل أن الجزاء يلحق بشخص المخالف أو ماله أو يتجسد في إزالة المخالفة نفسها.

-الجزاء القانوني جزاء حال

معناه أن الجزء يطبق على الشخص عند مخالفته للقاعدة القانونية وهو على قيد الحياة، أي أن الجزاء هنا دنيوي وليس أخروي كما هو في الجزاء الديني. [2]ما يعني أن الجزاء يطبق بمجرد إثبات مخالفة القواعد القانونية، فهو ليس مؤجل كما هو الحال بالنسبة للجزاء المترتب على مخالفة القواعد الدينية الذي يكون دنيويا وأخرويا.

-الجزاء القانوني توقعه السلطة العامة:

يتصف الجزاء القانوني بالإجبار إذ تتولى السلطة العامة توقيعه على المخالف لأحكام القانون باسم المجتمع وفقا لنظام معين عن طريق تسخير الوسائل اللازمة لتحقيق ذلك . أي أن الجزاء القانوني منظم تتولى السلطة العامة المختصة بإيقاعه على المخالف باسم المجتمع، ولا يجوز للأشخاص أن يوقعوا الجزاء بأنفسهم وإلا كنا أمام شريعة الغاب. [3].

ومن صور الجزاء ما يلي:

[1] احمد السعيد الزقرد، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الاول، نظرية القانون ، القاهرة، دار النهضة العربية، 2001، ص35

[2] بكر عبد الفتاح سرحان، الثقافة القانونية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2012، ص32.

[3] Malinvaud Philippe, Introduction à l'étude du droit, 13ème edition, Lexis Nexis, Paris, 2011., p37

الجزاء المدني : وهو الجبر يوقع على من يخالف قاعدة تحمي مصلحة خاصة أ و حقا خاصا، أي الجزاء الذي يصدر على كل مخالف لقواعد القانون المدني،[1]وهو على انواع منها :

- **إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث المخالفة:**

وقد يكون ذلك بإزالة الحالة المادية للمخالفة: مثاله هدم سور يحجب الضوء والهواء على ملك الجار إلى الحد المعقول.[2].

أو يكون ببطلان التصرف القانوني، وهو الجزاء المقرر على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها، بحيث قد يكوم البطلان مطلقا أو نسبيا[3]

أو يكون بالفسخ، وهو الجزاء المقرر على عدم قيام أحد طرفي التصرف القانوني الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه، ويترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعي أي اعتباره كأن لم يكن سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.[4]

- **التعويضات المالية** :أي إلزام الشخص بدفع مبلغ من المال لآخر على سبيل التعويض عن ضرر لحقه (انظر المواد 124 وما بعدها من التقنين لمدني)، وقد يكون الضرر الذي يصيب الشخص مادي أو معنوي. [5]

الجزاء الجنائي : ويتمثل في جزاء مادي يلحق بالشخص(وهو الإعدام) أو حريته (وهو الحبس والسجن والأشغال الشاقة المؤقتة) أو بذمته المالية (وهو الغرامة أو المصادرة أو الحجز)، أو تدابير شخصية مثل المنع من ممارسة مهنة أو نشاط معين، وتدابير عينية مثل مصادرة الأموال وإغلاق المؤسسات.

---

[1] سليمان مرقس، مرجع سبق ذكره، ص26.

[2] انظر المادة 124 مكرر والمادة 691 من القانون المدني

[3] هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، 2003، ص19).

[4] حبيب ابراهيم الخليلي، مرجع سبق ذكره، ص37

[5] تنص المادة 2،1/5 من قانون الاسرة الجزائري على انه: "الخطة وعد بالزواج...اذا ترتب عن العدول ضرر مادي او معنوي لاحد الاطراف جاز الحكم له بالتعويض". أنظر قانون الاسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، الجريدة الرسمية الصادرة في 12 جوان 1994.

الجزاء الإداري : توقعه الأجهزة الإدارية نتيجة مخالفة قاعدة من قواعد القانون الإداري، وله عدة صور، فقد يكون في مجال القرارات الإدارية بالحكم ببطلان القرار الإداري الذي لم تتوافر فيه شروط صحته، وفي مجال الوظيفة العامة نجد الجزاء الإداري يتدرج تبعا لدرجة الخطأ الذي يرتكبه الموظف، فقد يتمثل في صورة الإنذار أو التوبيخ...الخ[1].

4-الجزاء الدولي :هو الجزاء الذي يترتب على انتهاك قاعدة من قواعد القانون الدولي، وعادة ما توقعه المنظمات الدولية على بعض الدول التي تنتهك قواعد القانون الدولي، مثال ذلك المعاملة بالمثل وتوقيع العقوبات الاقتصادية والحظر العسكري وفسخ المعاهدات. [2]

ويمكن تقسيم العقوبات حسب المادة 4 من قانون العقوبات الى عقوبات اصلية واخرى تكميلية، فالأصلية هي الجزاء الاصلي للجريمة، والتي يجوز الحكم بها دون ان تقترن بها اية عقوبة اخرى ومثالها الاعدام والسجن المؤبد والغرامة، اما التكميلية فهي التي يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة اصلية مثالها الحجر القانوني وتحديد الاقامة الجبرية.[3]

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سبق ذكره، ص40.

[2] حسين الصغير، النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي والشرعي– دراسة مقارنة-، الطبعة الثانية، دار المحمدية، الجزائر، 1999، ص27

[3] محمد سعيد جعفور، مرجع سبق ذكره، ص35

المحاضرة (03):تقسيم القواعد القانونية وتمييزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى

أولا: تقسيم القواعد القانونية بحيث تختلف تقسيمها بحسب الزاوية التي ينظر إليها منها:

- تقسيم القواعد القانونية الصورة التي تظهر عليه الى قواعد مكتوبة وغير مكتوبة
- تقسيم القواعد القانونية من حيث نوعها الى قواعد موضوعية وقواعد شكلية
- تقسيم القواعد القانونية من حيث قوة الزامها الى امرة وناهية وقواعد مفسرة ومكملة

أ-القواعد القانونية المكتوبة والقواعد القانونية غير المكتوبة :

أي تصنيفها الى قواعد مدونة وقواعد غير مدونة، فمعيار التمييز بينهما هو عنصر الكتابة او التدوين، فقد تكون القاعدة مكتوبة واضحة العبارات ومدونة الاحكام، فتكتب من طرف السلطة المختصة باصدار النص القانوني، وهناك القاعدة غير المدونة او غير المكتوبة او ما يطلق عليها بالقاعدة العرفية وهي القاعدة التي استقرت في اذهان الاشخاص وتواروا على العمل بها والخضوع لاحكامها وهذا دون ان تكتب في نص محدد. [1].

فالقواعد القانونية المكتوبة هي القواعد التي يكون مصدرها التشريع سواء اكان أساسي (الدستور) أو عادي عضوي ، او فرعي ،... وبالتالي فهي تحتاج الى تفسير لفهم معناها الذي قصده المشرع بين طيات الالفاظ التي تم التعبير بها عن هذا المعنى.

اما القواعد غير المكتوبة التي تنشأ عن ممارسات واقعية ولا تكون صادرة في شكل مكتوب عن السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية ومثالها "العرف". ولهذا فهي لا تحتاج الى التفسير لاستخلاص معناها فهي مجرد معنى مستقر في أذهان الاشخاص.

ب-القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية:

[1] سامية لموشية، مرجع سبق ذكره، ص41.

–القواعد الموضوعية هي القواعد التي تقرر حقا أو تفرض واجبا، اذ هي القواعد التي تضع تنظيما موضوعيا للروابط الاجتماعية وتحدد الحقوق والواجبات وتتضمن الجزاء المادي الذي يوقع بمن يخالف احكامها، مثل قانون العقوبات والقانون الاداري والقانوني المدني والقانون التجاري...الخ [1]

اما القواعد الشكلية فهي القواعد القانونية التي تبين الوسائل التي يمكن بها اقتضاء الحق المقرر أو تقرير كيفية الالتزام بالقيام بالواجب، فهي قواعد قانونية تحدد طرق الوصول الى فرض احترام القواعد الموضوعية، فتبين الاجراءات التي يجب على الشخص اتباعها من اجل ضمان احترام حقوقه المكتسبة واقتضائها في ظل القواعد الموضوعية. كالقواعد الشكلية المتواجدة في قانون الاجراءات المدنية والادارية، والتي تتضمن احكام خاصة بكيفية مباشرة الدعوى المدنية واختصاصات الهيئات القضائية المدنية. بالاضافة لقواعد قانون الاجراءات الجزائية والتي تنظم كيفية مباشرة الدعوى العمومية واختصاصات الجهات القضائية الجنائية وكيفية تشكيل المحاكم وطرق الطعن في احكامها. [2]

ج–القواعد الآمرة أو الناهية والقواعد القانونية المفسرة أو المكملة:

–القواعد الآمرة أو الناهية: هي القواعد القانونية التي تصدر الى الافراد بشكل اوامر ونواهي ينعدم ازاءها سلطان ارادتهم وتتقيد بها حريتهم ونشاطهم ويجبرون على احترامها والالتزام ها ولا يستطيعون التحلل من احكامها او استبعاد تطبيقها عن طريق الاتفاق على خلافها لأنها تتضمن التكليف في صورة أمر أو نهي يرد كقيد على حرياتهم لكونها من النظام العام، كالقواعد القانونية المتعلقة بالعقاب الذي هو اساس المحافظة على امن واستقرار الجماعة.[3] مثالها القواعد التي تجرم القتل والسرقة، والقواعد المحددة للمحرمات من النساء.

–القواعد القانونية المفسرة أو المكملة: إن فكرة القواعد المكملة تنظم في الغالب علاقات يترك تنظيمها في الاصل لارادة الافراد ولكن لاحتمال ورود امكانية اقدام

[1] غالب علي الداودي،2004 المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، 2004،، ص93

[2] سامية لموشية، مرجع سبق ذكره، 41

[3] غالب علي الداودي، مرجع سبق ذكره، ص77

الافراد على تنظيم عض المسائل في مجال المعاملات القانونية، فان القانون يشتمل على قواعد احتياطية تكمل ما يشوب اتفاقات الافراد من نقص. ومن ثم تعرف القواعد القانونية على انها تلك القواعد التي تحوز للأفراد الاتفاق على ما تخالفها واستبعاد تطبيق احكامها، فيتم الاتفاق على عكس ما جاء فيها تطبيقا لمبدا العقد شريعة المتعاقدين، كونها لا تتصل بكيان المجتمع حيث المصلحة العامة هي التي تسمو لأنها لا تتصل النظام العام، والجدير بالذكر أن القاعدة القانونية المكملة تتسم بالطابع الالزامي، غير أن ذلك لا يتحقق الا بتوافر شرط عدم اتفاق الافراد على عكس ما جاء فيها من احكام ومن اهم ما تتميز به انها قاعدة قانونية واجبة الاتباع ما لم يوجد اتفاق على مخالفة حكمه كما انها قاعدة غير مطلقة التطبيق ولا تنعدم فيها ارادة الافراد بحيث يمكن لهم الاتفاق على ما يخالف حكمها. [1]

وبتعبير آخر نقول أن القواعد المكملة هي القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها، واذا ما اتفقوا على مخالفة حكمها كان اتفاقهم صحيحا، أما اذا سكتوا ولم يتفقوا على مخالفة حكمها فإنها تطبق عليهم.[2]

ومن أمثلة القواعد المكملة تلك التي تقضي بأن نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك[3] .والقاعدة التي تقضي بأن نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر يكون بنسبة حصته في رأس المال ويستطيع الشركاء الاتفاق على التوزيع بنسب تختلف عن ذلك، ولكن القاعدة تطبق في حالة عدم الاتفاق على ما يخالفها.

-معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة:

إن التمييز بين القواعد الآمرة والمكملة أهمية بالغة لكونها تتحكم في مدى إمكانية الاتفاق على مخالفتها أم أنها واجبة التطبيق دون النظر إلى إرادة الأشخاص المخاطبين بها. ويوجد معيارين للتمييز بينهما:

[1] سامية لموشية، مردع سابق، ص53

[2] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص110.

[3] حبيب ابراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص106.

-**المعيار اللفظي (الشكلي)**

يتم حسب هذا المعيار التمييز بين القواعد الامرة والقواعد المكملة بالنظر الى صياغة القاعدة القانونية التي تفصح ألفاظ النص القانوني على نوع القاعدة وطبيعتها القانونية، أي على اساس النص في حد ذاته التي يمكن من خلالها استنتاج نية المشرع في تحديد صفة القاعدة القانونية ان كانت قاعدة امرة او مكملة بذلك يتم التمييز بينهما على نحو سهل لا يحتاج الى جهد هذا ما يفسر ان المعيار الشكلي او اللفظي هو معيار جامد. [1] وهذا يعني أن هذا المعيار يركز على عبارات النص وألفاظه، إذ انه قد يستخلص من عبارات النص طبيعة القاعدة القانونية، فعندما يرد في النص مثلا: لفظ لا يجوز، ليس، يجب، يقع باطلا يستخلص أن القاعدة القانونية آمرة ومن ذلك نذكر يكون دائما بدون فائدة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

أما القاعدة المكملة نصها يتضمن عبارات تدل على إمكانية الاتفاق على خلافها مثلا: مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك، ومن أمثلتها المادة 387 من ق م بأن يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت والمكان الذي يسلم فيها المبيع مالم يوجد اتفاق أو يقضي عرف بخلاف ذلك.

ومن امثلة عن القواعد الامرة فكل قواعد تقنين العقوبات صريحة النص على صفتها الآمرة، وذلك بما تتضمنه من عقوبات على ما تجرمه من أفعال.

-تنص المادة 01 من الدستور الجزائري على ما يلي " :لا يجوز البتة التنازل أو التخلي عن أي جزء من التراب الوطني."

-تنص المادة 21 من الدستور الج زائري على أنه " :يعاقب القانون على التعسف في

استعمال السلطة." فهي صيغت ناهية مباشرة وتعبير واضح ومفهوم.

-**المعيار الموضوعي: (النظام العام او الاداب العامة)**

[1] سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص87.

في بعض الحالات لا نجد في القاعدة القانونية لفظا يرشدنا إلى كونها آمرة أو مكملة، ففي غياب عبارات فاصلة في التكييف نلجأ إلى المعيار الموضوعي والذي يقوم على النظر في موضوع النص والوقوف إن كان متصلا بالنظام العام والأداب العامة فالقاعدة آمرة ، اما إذا كان يتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد فالقاعدة مكملة .

فهذا المعيار يقوم على أساس البحث فيما وراء ألفاظ القاعدة فالعبرة فيه بمعناها، فتعتبر القاعدة آمرة وفق هذا المعيار ليس بالنظر لألفاظها وعباراتها، وإنما النظر لموضوعها فهي تحمل موضوعا له علاقة مباشرة، بالنظام العام والآداب العامة.

وإذا كانت القواعد متعلقة بالنظام العام والآداب العامة تعتبر تقييدا لمبدأ سلطان الإرادة بحيث أنها تقيد حرية الأشخاص في التعاقد وهذا ما قرره المشرع في القاعدة الآتية: " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطا".(المادة 66 من القانون المدني الجزائري)

لكن هذا المعيار يمتاز بكونه غير شامل لكل الحالات إذ من جهة لا يوجد شكا في ان كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة هي قواعد آمرة لكن توجد قواعد آمرة كثيرة أخرى جعلها المشرع كذلك لاعتبارات تتعلق بحماية أوضاع معينة أو لتفادي وقوع تجاوزات حتى ولو كان الموضوع يتعلق بمصالح خاصة. مثلا: فيما يخص إدارة الشركات التجارية وخاصة شركات الأموال.

ولا بد من التفرقة بين الآداب العامة والأخلاق فليست القواعد المتعلقة بالأخلاق هي كلها قواعد متعلقة بالآداب العامة، بل يقصد بالآداب العامة الحد الأدنى من قواعد الأخلاق الذي تعتبره الجماعة واجبا للمحافظة على عدم الانحلال فيفرض على الجميع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه[1] .

مثال على ذلك المجتمعات الإسلامية لا تجيز التعايش بين الرجل والمرأة في غير إطاره

---

[1] جلال ابراهيم، المدخل لدراسة القانون(نظرية القانون) ، القاهرة ، سنة 1995، 66

الشرعي أي الزواج، بينما في المجتمعات الغربية فإن علاقة الخليلين مشروعة وترتب آثار قانونية.

والخلاصة أن فكرة الآداب تعد قيدا مقبولا على حريات الأفراد، فترفع القاعدة القانونية إلى طائفة القواعد الآمرة .والجدير بالقول أنه بالرغم من أهمية المعيار الموضوعي ودقته لحد ما، فهذا لا يمنع من التأكيد على عدم صلاحية فكرة النظام العام حيث أن القاعدة القانونية قد تكون آمرة وغير متعلقة بالنظام العام.[1]

ثانيا: تمييزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى

إذا كانت القواعد القانونية قواعد اجتماعية تنظم مظاهر الحياة للأفراد في المجتمع، وتوقع الجزاء على من يخالف هذا التنظيم وهذا هو الهدف الذي وضعت من أجله . فهناك قواعد أخرى تتولى كذلك هذه المهمة وتساهم بقسط وافر إلى جانب قواعد القانون في تحقيق ما يسمى بالانضباط الاجتماعي، وهي قواعد الأخلاق والدين والمجاملات ، لكونها تتعلق أيضا بالسلوك الاجتماعي وتتمتع بنفس خصائص القاعدة القانونية فهي عامة ومجردة ومنظمة للسلوك داخل المجتمع.

أولا قواعد القانون و قواعد الدين:

يقصد بقواعد الدين مجموعة الأحكام والأوامر والنواهي التي أقرتها الشرائع السماوية والتي أنزلها الله عز وجل على نبي أو رسول قصد تبليغها إلى الناس للعمل بها وإلا تعرضوا لعقاب الله وغضبه وهي ملزمة لمعتنقيها رغبة منهم في رضا الله وجلب الثواب.[2]و تنقسم قواعد الدين إلى نوعين. الأولى قواعد العبادات التي تستهدف ربط الصلة بين العبد وربه وتهذيب النفس وإبعاد الإنسان عن الرذيلة والسمو به نحو الفضيلة .أما النوع الثاني فيتمثل في قواعد المعاملات التي تبين الأحكام المتعلقة بتعامل الأفراد فيما بينهم، كالوفاء بالعهود وعدم قتل النفس وتنظيم الأسرة والميراث[3]

أ- قواعد العبادات:

---

[1] محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون نظرية الحق المؤسسة الفنية للطباعة والنشر القاهرة 1993، ص86.

[2] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص41.

[3] محمد حسين منصور، ، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، الدار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، 2004، ص60

تتعلق بعلاقات الفرد نفسه بخالقه مباشرة و تتمثل في الشهادة، والصلاة، والزكاة، والحج والصوم، وهذا النوع من قواعد العبادات يعتبر مجالا شخصيا للفرد بينه وبين خالقه ولا دخل للقانون فيه، إلا بقدر ضئيل لتقريره أو لحماية الحرية الدينية للأفراد . ولكن لا شك أن هذه القواعد الدينية تعتبر قواعد سماوية ملزمة ويترتب على مخالفتها جزاء الاهي أنه ينفذ في الآخرة بعد الممات، وان كان تعجيل الله تعالى للجزاء في الحياة الدنيا أمرا متصورا في كل الأوقات، عكس جزاء القاعدة القانونية فهو حَالٌ توقعه السلطة المختصة اثر وقوع المخالفة[1] .

ويلاحظ أن معظم قواعد القانون منذ القدم استمدت من أحكام الدين وكانت سلطة القضاء في يد رجال الدين في العديد من المجتمعات والحضارات .أما بالنسبة للدين الإسلامي فهو ينظم علاقات الإنسان في المجتمع كما يحدد علاقات الإنسان بخالقه، إذ أنه دين ودولة.[2]

ب- قواعد المعاملات:

وهي تتعلق بعلاقة الفرد بغيره من الافراد، وتختلف الديانات السماوية في هذا الشأن أي في احتوائها على تلك القواعد ، غير أن الدين الإسلامي قد عنى بقواعد العبادات وقواعد المعاملات معا وأهتم بالعلاقات ذات الصبغة المالية كالبيع والإيجار والرهن وغير ذلك، فنظم أمور الدين والدنيا معا.

وتتطابق قواعد القانون والقواعد الدينية في تنظيم المعاملات، فالمشرع عادة يضع تلك القواعد الدينية في اعتباره، ويطبقها بقدر الإمكان، والدليل على ذلك هو أن المشرع نص في المادة الأولى من القانون المدني على ما يأتي " :وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية" (المادة 02، الفقرة 02، من القانون المدني الجزائري)، وهو الشأن بخصوص قانون الأسرة بالنسبة لأحكام الزواج والطلاق و النيابة الشرعية و الكفالة و الميراث و الوصية و الوقف.

علاقة القواعد القانونية بقواعد الأخلاق

---

[1] محمد حسام محمود لطفي ، مرجع سابق، ص37.

[2] . محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006، ص17

الأخلاق هي عبارة عن مجموعة القواعد التي تهدف إلى بلوغ الفرد درجة الكمال عن طريق حثه على فعل الخير، ونهيه عن فعل الشر[1] ، وأمره بالتزام سلوك معين في مواجهة نفسه وهو ما يسمى بالأخلاق الفردية وفي مواجهة غيره وهو ما يسمى بالأخلاق الاجتماعية.

ومثال ذلك معاونة الغير في الدفاع عن نفسه وماله وهو جانب أخلاقي بالدرجة الأولى ومع ذلك تبناه المشرع وجعله قاعدة قانونية حيث أباح الضرب والجرح والقتل في سبيل حماية النفس و الغير و المال، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء، وتعد الصلة وثيقة بين الأخلاق والقانون فكلاهما يهدفان إلى تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع، ومع ذلك يختلفان من عدة أوجه:

أولا–من حيث المضمون :تعتبر قواعد الأخلاق أوسع نطاقا من قواعد القانون، فهي تنظم نوعين من الواجبات :واجبات الإنسان نحو نفسه وواجبات الإنسان نحو غيره .أما القانون فاهتمامه بواجبات الإنسان نحو نفسه محدودة، فهو يقتصر أساسا على واجبات الشخص نحو غيره، وهي المنطقة المشتركة بين القانون والأخلاق[2] .ونجد هنا في هذا المجال المشترك أن أغلب القواعد القانونية مستمدة من قواعد أخلاقية كالنصوص التي تحرم الاعتداء على النفس أو العرض أو المال أو التي تدعو إلى الوفاء بالعهود أو تحرم الإثراء بغير سبب مشروع.

غير أن حتى في هذا المجال المشترك بينهما يوجد اختلاف، فنجد القانون لا يهتم في تحديد واجبات الشخص نحو غيره إلا إذا أخذ مظهر مادي ولا علاقة له بالنوايا، فالكذب البسيط والبخل لا يقع تحت طائلة القانون، بينما شهادة الزور أو تزوير المستندات فيعاقب عليها القانون، ذلك أنها مرتبطة بتحقيق العدل واستقرار النظام.

ومن جهة أخرى في هذا المجال المشترك يوجد مجال ينفرد به القانون، فهو ينظم بعض المسائل التي لا تتصل بالأخلاق لكنها ضرورية لتحقيق مصلحة المجتمع، ومن

---

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص45.

[2] حبيب ابراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص54.

أمثلتها :قواعد تنظيم المرور، قواعد تنظيم التقاضي وتلك التي توجب قيد المواليد والوفيات[1].

وما يلاحظ أن القانون في بعض الأحيان يضطر للتضحية بالأخلاق في سبيل تحقيق الاستقرار في بعض الأوضاع الاجتماعية من ذلك مثلا التقادم المسقط للدين بعد مرور مدة زمنية . [2]

ثانيا–من حيث الغاية :تعتبر الغاية المعيار الفاصل بين القانون والأخلاق في رأي أغلبية الفقهاء، وذلك لأنها مختلفة تماما بينهما، فغاية الأخلاق مثالية تتمثل في تربية الإنسان لبلوغ أعلى درجات الكمال .أما القانون فغايته نفعية عملية تتمثل في الحفاظ على النظام في المجتمع لضمان تقدمه[3] مثال :كل من الأخلاق والقانون يحرم القتل، لكن الغاية من التحريم مختلفة، فالقانون ينظر إلى عواقب القتل الاجتماعية وما لها من أثر وخيم على أمن المجتمع واستقراره، بينما تنظر الأخلاق إلى ما تنحدر إليه نفس القاتل من شر، فمحكمة الأخلاق هي محكمة الضمير حيث تدور معركة الخير والشر، ومحكمة القانون هي محكمة المجتمع حيث يتصارع النفع والضرر الاجتماعي. [4]

ثالثا–من حيث الجزاء :الجزاء في القاعدة القانونية مادي حال وفوري توقعه السلطة العامة بالقوة والإجبار، بينما الجزاء في الأخلاق هو جزاء معنوي أدبي ينحصر في تأنيب الضمير أو استهجان المجتمع للفعل المنافي للأخلاق ونفوره من مرتكب ذلك الفعل.

وتجدر الإشارة إلى أنه غالبا ما يجتمع الجزاءين في فعل واحد، فالشخص الذي يقدم على قتل شخص آخر يتعرض للجزاء القانوني من جهة، ويواجه تأنيب الضمير واستهجان ونفور المجتمع منه من جهة أخرى.

---

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص47

[2] حبيب ابراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص 46.

[3] عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، دار هومة، الجزائر، 2007، ص19.

[4] احمد محمد رفاعي، المدخل للعلوم القانونية– نظرية القانون-، محاض رات ألقيت على طلبة المستوى الأول، فصل دراسي أول، جامعة بنها، مصر، 2008، ص58

وبالرغم من أوجه الاختلاف بين القانون والأخلاق إلا أن الصلة بينهما وثيقة، فكلاهما يهدف إلى تنظيم علاقات الأفراد في المجتمع، لذلك كلما ارتقت الإنسانية ضاقت مسافة الاختلاف بين القانون والأخلاق، وتحولت طائفة من قواعد الأخلاق إلى قواعد قانونية مقترنة بجزاء يكفل احترامها. [1]

علاقة القواعد القانونية بقواعد المجاملات والعادات والتقاليد

من القواعد التي تضبط سلوك الأفراد وتتدخل لتنظيمه في مجتمع من المجتمعات، هي ما تعرف بقواعد المجاملات والعادات والتقاليد التي درج الأفراد على إتباعها في علاقاتهم وصلاتهم لفترات طويلة، كتبادل الزيارات والدعوات وتقديم الهدايا في المناسبات وتبادل التحية عند اللقاء والمواساة عند المصائب والكوارث والنكبات وبعض القواعد التي تقضي بها العادات في الملبس والمأكل والمظهر [2]

كما عرفها بعض الفقهاء بأنها مجموعة القواعد التي يرعاها الناس في علاقاتهم اليومية بسبب تعارفهم عليها واقتناعهم بضرورة احترامها، ومثل ذلك المواساة في النكبات والمشاركة في السراء بالتهاني والمشاطرة في الضراء بالتعازي ، وتلبية داعي المكروب، وإجابة طلب النجدة، وغير ذلك مما تعارف عليه المجتمع من عادات وتقاليد ومجاملات.[3] هذه القواعد تشبه القواعد القانونية في كونها تتوجه بالخطاب إلى الأفراد بتقريرها لسلوك خارجي اجتماعي، وأنها قواعد سلوك تقويمية، لأنها أنها تلعب دوراً مهماً في ضبط وتوجيه سلوك الأفراد في المجتمع .هذه القواعد تؤثر في السلوك ويشعر الناس نحوها باحترام بالغ يدفعهم إلى الحرص عليها والمواظبة على فعلها، وذلك خوفاً من تأنيب الضمير، أو الشعور المؤلم بمخالفة ما تعارف الناس عليه أو الخشية والخوف من استنكار المجتمع له، [4] غير أنها تختلف عن قواعد القانون اختلافا جوهريا من حيث الغاية والجزاء:

---

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص49.

[2] حبيب ابراهيم الخليلي، مرجع سابق، 48.

[3] حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الطبعة السادسة، الإسكندرية، مصر، 2003، ص28

[4] عبد الله مبروك النجار ، أصول القواعد القانونية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، القاهرة دون دار نشر، 2006، ص27.

أولا–من حيث الغاية :غاية القواعد القانونية هي تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على كيان المجتمع واستقراره، أما غاية المجاملات والعادات والتقاليد فهي جانبية، حيث لا يؤدي عدم القيام بها إلى الانتقاص من المصلحة العامة أو اضطراب النظام في المجتمع[1].

ثانيا–من حيث الجزاء :جزاء مخالفة قواعد المجاملات والعادات والتقاليد هو جزاء معنوي يتمثل في استنكار أفراد الجماعة لسلوك المخالف وسخطهم عليه ومعاملته بالمثل مما يشعره بالعزلة، عكس الجزاء في القاعدة القانونية فهو جزاء مادي ملموس توقعه السلطة العامة .ومن الممكن أن تتحول بعض المجاملات أو العادات إلى قاعدة قانونية، وذلك حين تتغير نظرة المجتمع لها ويصبح أفراده يشعرون بأنها تتعلق بالمصلحة العامة ويلتزمون بمراعاتها، ومثال ذلك وضع غرامة على التدخين في الأماكن العامة .وعلى العكس قد يثبت ضرر عادة من العادات فينشأ الشعور باستنكارها وضرورة القضاء عليها فتمنعها الجماعة وتصبح سلوكا مخالفا للقانون. [2].

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص50.

[2] احمد محمد رفاعي، مرجع سابق، ص60.

المحاضرة رقم (04): مصادر القانون والقواعد القانونية

يقصد بمصادر القانون المراجع والاصول التي يتعين علينا الرجوع اليها لاستنباط قواعد واحكام قانون ما، فالمصدر لغويا يعني الاصل واصل الشيء هو منشأه أو المادة الأولية التي تكون منها.

ويقصد بها كذلك الأسباب المنشئة للقانون وتتكون القاعدة القانونية من نوعين من المصادر هما :المصادر المادية أو الموضوعية والمصادر الشكلية أو الرسمية، فالمصادر المادية هي التي تنشأ منها القاعدة القانونية من حيث مضمونها ومحتواها وتتكون من العوامل الاقتصادية والاجتماعية والحضارية للمجتمع كالدين والعادات والتقاليد والبيئة الاجتماعية، والمصادر الشكلية: هي الإجراءات والوسائل التي تخ رج القاعدة القانونية لحيز الوجود والنفاذ[1].

وتختلف هذه المصادر من تدرجها وقوة إلزامها حسب نظام القانون السائد في المجتمع، ففي المجتمعات التي تأخذ بالنظام القانون الأنجلوسكسوني نجد أن مصادر القانون هي العرف كما هو مطبق من طرف المحاكم أولا ثم يليه التشريع والفقه، أما النظام اللاتيني المستمد من القانون الروماني فإن مصدر القانون هو التشريع ثم العرف ويعتبر القضاء والفقه مصدران احتياطيان لتفسير القانون[2].

ويمكن أن نذكر الانواع التالية من المصادر:

1- المصادر الرسمية أو الشكلية للقانون :وهي المصادر التي يستمد منها القانون قوته الملزمة وتصبح بذلك واجبة التطبيق، بمعنى أنها تمثل الطرق التي تنفذ منها القاعدة إلى حيز التطبيق، فالمصدر الرسمي للقانون يتمثل في القالب الذي تفرغ منه القاعدة القانونية وتخرج إلى الناس حتى تصير ملزمة، والمصدر الرسمي للقانون في العصر الحالي هو التشريع ثم تليه الش ريعة الإسلامية ثم بعد ذلك العرف.

---

[1] عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص61.

[2] توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص83

2–المصادر التاريخية للقانون :ويقصد بها الأصل الذي تستقي منه بعض أحكام القانون الوضعي، فعلي سبيل المثال يعتبر القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية المصدر التاريخي لقواعد القانون الجزائري .كذلك القواعد الأساسية للقانون الإداري مصدرها الرئيسي يرجع إلى تاريخ القانون الإداري بفرنسا[1].

–3 المصادر المادية للقانون :هي مجموعة العوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والجغرافية والخلقية وغيرها من العوامل الأخرى التي يستمد منها القانون مادته أو موضوعاته التي يقوم بتنظيمها.[2]

–4 المصادر التفسيرية للقانون :تتمثل هذه المصادر في الفقه والقضاء، بحيث ينحصر دورها هنا في تفسير القانون وشرحه وتطبيقه دون انشائه، وذلك عندما يكتنف القاعدة القانونية الغموض.

وفي مضموننا هذا سنتناول مصادر القانون حسب ترتيبها الوارد في المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري، وقد نصت على ما يلي " :يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

وعليه سنتناول المصدر الرسمي الاصلي وهو التشريع وبعدها المصادر الرسمية الاحتياطية والمتمثلة في مبادئ الشريعة الاسلامية، والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وفي الاخير المصادر التفسيرية والمتمثلة في الفقه والقضاء

اولا : المصادر الرسمية الاصلية –التشريع المصدر الاصلي للقانون–

تعريف التشريع–

ويقصد به سن قواعد قانونية في صيغة مكتوبة من طرف السلطة المختصة في الدولة حسب النظام الدستوري لهذه الدولة مع السهر على تطبيقها مما يعطيها قوة إلزام في

---

[1] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص127

[2] حمزة خشاب، مولود ديدان، المدخل الى العلوم القانونية، دار بلقيس، الجزائر، 2014، ص55

العمل بها، كما يقصد به إما قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع مجموعة من القواعد المكتوبة في حدود اختصاصاتها ووفقا للإجراءات المقررة لذلك، وإما مجموعة من القواعد المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية أو التنفيذية في الدولة[1] . أي أن مصطلح التشريع يستعمل في مفهومه الواسع تارة للدلالة إما على مصدر القواعد القانونية وتارة أخرى للدلالة على القواعد المستمدة من هذا المصدر[2] ، ويعد التشريع المصدر الرسمي الأول للقانون الجزائري، بحيث يجب على القاضي أن يلجأ إليه أولا كل ما عرض عليه نزاع، فإذا وجد نص يعالج المسألة المطروحة عليه فلا يستطيع الرجوع إلى المصادر الأخرى، وذلك حتى ولو كان النص غامضا .إذ في هذه الحالة يجب على القاضي الحث عن المعنى المقصود، وللتشريع مزايا وعيوب[3] .

اما المعنى الخاص ويقصد بالتشريع في هذه الحالة كل قاعدة قانونية مكتوبة تصدرها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا.[4]

من خلال التعريفات المقدمة للتشريع يمكن لنا ان نستخلص اهم خصائصه ومزاياه فيما يلي:

التشريع يضع قاعدة عامة ومجردة

يقصد أن التشريع يضع قاعدة ملزمة للسلوك عامة مجردة، لذلك لا يعد تشريعيا أو قاعدة تشريعية،[5] الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة يخص شخصا معينا كإصدار السلطة التشريعية وسام لأحد الأشخاص الذي قدم إنجازا مفيدا، أو إصدار قانون يمنح شركة معينة بذاتها احتكار الحفر والتنقيب عن البترول فأن وصف التشريع لا يلحق مثل هذا الأمر الصادر من السلطة العامة والمختصة إلا أنه

---

[1] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص207.

[2] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص102.

[3] حسن كيرة، مرجع سابق، ص228.

[4] . سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص304

[5] سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص296

قد صدر وفق الشكل والاجراءات التي تتبع في إصدار التشريع أي أنه يعد تشريعا من حيث الشكل أما من حيث الموضوع فلا يعد تشريعا لانتفاء صفة العموم والتجريد.[1]

التشريع يصدر في صورة مكتوبة

يصدر التشريع في صورة مكتوبة وهذا يحقق قدرا كبيرا من الثقة والاستقرار في المعاملات إذ يمكن التأكد من وجود القاعدة القانونية بسهولة ويسر فيسهل على الأفراد معرفة حقوقه وواجباتهم كما أن صدوره في صورة مكتوبة عن سلطة مختصة يضفي على التشريع قدرا كبيرا من التحديد والوضوح مما يؤدي إلى تلافي الكثير من الغموض والاضطراب عند تطبيق القانون.[2] اضف الى أن الكتابة تمكن الاشخاص من معرفة مضمون القاعدة القانونية ومجال تطبيقها وهذا ما يؤدي الى بعث الاستقرار في المعاملات.

التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة

سبق القول أن التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة ونختلف هذه السلطة من دولة إلى أخرى تبعا لاختلاف الأنظمة السياسية وتختلف أيضا تبعا لنوع التشريع المطلوب إصداره والتشريع يعد مظهرا هاما من مظاهر السيادة فالتشريع يعمل على توحيد النظام القانوني على أجزاء الأقاليم في الدولة كافة، ومنذ وضع أرسطو نظرية السلطات الثلاث في الدولة فأن القول يجري على أن إصدار القوانين هو من اختصاص السلطة التشريعية وهو أهم اختصاصاتها في الدساتير الحديثة كما تستطيع السلطة التنفيذية مباشرة هذا الاختصاص عند الضرورة فقط وبناء على نصوص دستورية كحق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح ومع ذلك فهي تخضع لرقابة السلطة التشريعية.

فالتشريع يوفر توحيد القواعد في إقليم الدولة إذ أنه يصدر عن جهاز تشريعي منتخب ويسري على الجميع دون استثناء كلما توافرت لوازم التطبيق.

---

[1] عدنان طه الدوري، المبادئ العامة للقانون، منشورات الجامعة المفتوحة، مصر، 1994، ص109

[2] حسن كيرة، مرجع سابق، ص230.

رغم هذه المزايا التي يتمنع بها التشريع إلا أن الفقه عاب عليه العديد من النقائص والتي يمكن ان نسردها فيما يلي:

- أنه يتصف بالجمود لا يتماشى مع تطورات المجتمع خلافا للقواعد العرفية التي تنشأ عن ضمير الجماعة كما يرى منتقدو التشريع أنه وسيلة تحكمية بيد السلطة العامة المختصة فيكون غير ملائم لظروف المجتمع إذ يكون قد وضع لتحقيق المصالح الشخصية أو الطبقية لمن ينظمون لهذه السلطة .
- أن السلطة المختصة بوضعه قد لا توفق في بيان ظروف المجتمع وتقدير حاجته فتأتي القواعد التي تسنها غير ملائمة لتلك الظروف وقاصرة عن الوفاء بهذه الحاجات بل أنه إذا جاءت القواعد التشريعية حين وضعها ملائمة لتلك الظروف المجتمع فإن صبها في نصوص مكتوبة تحدد مدلولها وترسم حدودها يضفي عليها من الجمود ما يقف بها عن مسايرة التطور والوفاء بما يجد من حاجات فإذا ما تغيرت هذه الظروف أصبحت تلك القواعد غير ملائمة لها وقد يقعد الشارع عن تعديلها على النحو الذي يستجيب لمقتضيات التطور.
- رغم هذه الانتقادات إلا ان التشريع أصبح يحتل مرتبة اساسية في مصادر القانون في مختلف دول العالم مما يؤكد أن مزاياه تجاوزت عيوبه، وهو بدوره يتفرع الى التشريع الاساسي (الدستور) والتشريع العادي (القانون) والتشريع الفرعي (اللوائح والقرارات)

-أ-التشريع الاساسي (الدستور)

يقصد بالدستور مجموعة القواعد المحددة لشكل الدولة، ونظام الحكم والمبينة لحقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية التي يتمتعون بها، وبذلك يحتل قمة التشريعات، ولما كانت القاعدة الدستورية تحتل مكان الصدارة وجب أن لا تخالفها قاعدة قانونية أقل منها درجة سواء من القانون العادي أو نص تنظيمي، وتختلف طريقة إعداد الدستور عن طريقة إعداد القوانين العادية والنصوص التنظيمية، وهذا تبعا لنظام الحكم السائد في الدولة.[1]

[1] محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص99.

فهو أعلى التشريعات في الدولة ويشمل مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتحدد السلطات العامة والعلاقات بينها.

أما لكيفية اصدار التشريع فهي تختلف من بلد الى اخر لكن لا تختلف عن هذه الكيفيات التالية:

عن طريق المنحة: بحيث ساد هذا الاسلوب في الدول ذات الانظمة الملكية، ويتمثل في ان يقوم الملك في مملكته بصفته صاحب السلطة المطلقة في الدولة التنازل عن بعض سلطانه لافراد شعبه او لبعض الهيئات الشعبية ولاسيما تلك التي تتعلق بسن القوانين وتسيير شؤون الدولة، فيصدر الدستور كمنحة منه يحد من بعض سلطاته ويمنحها، ومن امثلة ذلك نذر دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1923 الذي صدر عن الملك فؤاد الاول كمنحة للشعب المصري في أعقاب تحرير مصر من الاحتلال البريطاني،[1] وكذا دستور فرنسا في عام 1814 في عهد لويس الثاني عشر[2]، والدستور الياباني في عام 1889، والدستور اليوغسلافي في عام 1831.[3]

العهد: يقصد بالعهد pacte ان صاحب السلطة والسيادة المطلقة سواء اكان أميرا أم سلطانا يجتمع مع بعض الأفراد الذين يمثلون الشعب ويتفقون فيما بينهم على أن يتنازل السلطان أو الأمير عن بعض سلطاته ، ويقبل تقييد جانب من سلطاته لرعاياه في سلطنته أو إمارته فيصدر عهدا بينه وبين شعبه بعد التعاقد حول مجمل السلطات المتنازل عنها وهذا العهد يمثل دستور البلاد ، ولقد ظهر هذا الاسلوب في مرحلة معينة من تاريخ البشرية كان فيها الحاكم أو الملك صاحب الارادة المطلقة. من أمثلة ذلك نذكر العهد الذي صدر في انجلترا بين الملك والشعب عام 1210 ودستور فرنسا عام 1830 ودستور العراق عام 1925[4].

---

[1] أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار الأكاديمية للطبع والنشر والتوزيع، 2013، ص194.

[2] Patrick courbe, Introduction générale au droit, Dalloz, Paris, 1999 p13.

[3] محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص83

[4] أحمد سي علي، مرجع سابق، ص195.

الجمعية التأسيسية: أساس هذا الطريق السيادة للامة والشعب وحده صاحب السلطان، ولكن الشعب لا يستطيع مباشرة السلطة لكثرة عدد أ فراده، لذلك ينوب عنه أشخاصا يمارسون السلطة باسمه في اطار جمعية تأسيسية منتخبة من قبل أفراده، تبعا لذلك يتم اعداد مشروع الدستور من قبل هيئة منتخبة ولكن دون عرضه على الشعب للاستفتاء فيه.[1]

–وقد يتم وضع الدستور بأسلوب ديمقراطي أخر وهو الاستفتاء الشعبي، حيث يتم سن الدستور بشكل يجمع بين طريقة الاستفتاء وطريقة الجمعية التأسيسية ، بأن تتولى جمعية منتخبة عن الشعب وضع مشروع دستور توافق عليه بعد مناقشة احكامه مناقشة كاملة تفصيلية على ان يطرح من ذلك للاستفتاء الشعبي.[2]

تبعا لهذا السلوب تظهر مساهمة الامة أي الشعب في كل مراحل إعداد مشروع الدستور، فحسب هذا الاسلوب تقوم لجنة بتحضير مشروع الدستور الذي يعرض على الشعب بعد مناقشة ثم الاستفتاء عليه، [3] وبهذه الطريقة صدر الدستور الجزائري.[4]

التشريع العادي (القانون)

يقصد بالتشريع العادي مجموعة القواعد القانونية العامة والمجردة التي تسنها السلطة التشريعية (البرلمان) في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور خاصة المجالات الواردة بالمادة 139 من الدستور الجزائري 2020 التي يشرع فيها البرلمان بتشريعات عادية والتي اصبحت تتمثل في 30 مجال. وإطلاق اسم القانون على التشريع هو من قبيل إطلاق الكل على الجزء لتبيان أهمية الجزء[5] .

ويتخذ التشريع العادي صورتين، الاولى على شكل تقنين يُسن لأجل تنظيم فرعا كاملا من فروع القانون ، كالتقنين المدني مثلا أو التجاري،...وهكذا، والصور الثانية عندما يتخذ التشريع شكل تشريع متفرق يتناول تنظيم مسألة معينة، كالتشريع الخاص بتنظيم

[1] شمس مرغي علي، القانون الدستوري، عالم الكتاب، مطبعة التاليف، مصر، 1987، ص48.

[2] حسن كيرة، مرجع سابق، ص.232

[3] سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص305.

[4] هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، موجز المدخل للقانون، منشورات دحلب، الجزائر، 2003، ص85.

[5] محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص100

الجامعات مثلا، أو ذلك الخاص بتنظيم ممارسة مهنة معينة، وبهذا الصدد، يعد التقنين الاكثر أهمية من التشريع المتفرق لتميزه بالثبات والاستقرار فلا يكون عرضة للتعديل أ و للإلغاء إلا في مجال محدد[1].

حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية(التشريع بأوامر)

القاعدة العامة أن التشريع معقود للسلطة التشريعية في حدود الصلاحيات المحددة بموجب النصوص الدستورية، غير أنه في حالات محددة تملك السلطة التنفيذية أن تحل محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادي بموجب إصدار أوامر في مسائل عاجلة(المادة142 من دستور 2020) ، وهي حالة الضرورة وحالة التفويض بالتشريع.

أ–تشريع الضرورة: تحل السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية محل السلطة التشريعية في– سن القانون ، وتكون لتشريعات السلطة التنفيذية قوة القانون على أن تعرض على الهيئة التشريعية في أول اجتماع له، وتعدّ لاغية تلك الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان .(المادة 142 من دستور 2020).

وإذا أتينا لحصر حالات التشريع بأوامر من رئيس الجمهورية في التعديل الدستوري 2020 نجدها تتمثل فيما يلي:

في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني .

خلال العطلة البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة.

في حالة عدم مصادقة البرلمان على قانون المالية في المدة التي حددها الدستور وهي 75 يوما عندما يجوز للرئيس إصدار تشريع في الموضوع على شكل أمر.

في الحالات الاستثنائية المذكورة في المادة98 من الدستور لسنة 2020 والمتمثلة في حالة إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها.

---

[1] هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص85.

ب تشريع التفويض: يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب التفويض من السلطة التشريعية بغرض اصدار نصوص ذات طابع تشريعي، وهذا التفويض قد كان منصوصا عليه في دستور 1963 وكذلك في دستور 1976 ، ولم ينص عليه دستور 1989 وهذا يعني أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية طلب تفويض بالتشريع، ويلاحظ أن تشريع التفويض، إن كان معمولا به في عدة دول مثل فرنسا إلا أنه أمر غير مقبول من الناحية النظرية، إذ لا يمكن للسلطة التشريعية أن تتنازل عن اختصاصها التشريعي الذي تستمده من الدستور، فذلك التفويض يمكن السلطة التنفيذية من تعديل التشريعات القائمة وهذا ما يؤدي إلى التقليل من أهمية التشريعات والنزول بها إلى مستوى اللوائح، ولهذا تذهب الدساتير التي تقر بالتفويض إلى فرض شروط معينة، ولا يجوز لرئيس الجمهورية من التشريع إلا في الحدود التي تضمنها التفويض، بحيث لا يجوز له مجاوزتها.(انظر المادة 146 و153 من دستور 2020).

التشريع الفرعي أو اللوائح: التشريع الفرعي أو اللوائح تسمى أيضا بالتنظيمات، وهي مجموعة النصوص القانونية التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها في الحدود التي خولها إياها الدستور فهنا تخرج السلطة التنفيذية عن مهمتها الأصلية وهي تنفيذ القانون، فهي تمارس اختصاصها هنا في وضع التشريع الفرعي في وجود السلطة التشريعية. ويطلق على التشريع الفرعي اسم اللائحة في العمل، وذلك رغبة في التمييز بينه وبين التشريع العادي.

وهذه التشريعات تعتبر أقل درجة من التشريع العادي ويقتصر اختصاص السلطة التنفيذية على وضع لوائح محددة وهي نوعان:

أ اللوائح التنفيذية :

وهي اللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية وتتضمن القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ التشريع الصادر من السلطة التشريعية التي تقتصر على إبراز القواعد الأساسية وتترك مهمة وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذها للسلطة التنفيذية، فهذه الأخيرة هي

الأقدر بحكم اتصالها المباشر بالمجال المراد تطبيق التشريع فيه على الإحاطة بأنسب الوسائل لتنفيذه[1]

ويجب هنا على السلطة التنفيذية أن تتقيد في وضع اللوائح المتضمنة لهذه القواعد التفصيلية بالتشريع الصادر من السلطة التشريعية، فلا تخرج عن أحكامه كأن تضيف جديدا للقانون أو أن تعدل منه أو أن تحد من نطاق تطبيقه، وإنما ما تملكه هو أن تحدد كيفية تنفيذ القواعد الواردة فيه.

وتشرع بقصد تنفيذ التشريع العادي الصادر من السلطة التشريعية، لأن السلطة التنفيذية تتولى تنفيذ القانون فهي الأقدر على معرفة التفصيلات اللازمة لتنفيذ القوانين ورئيس الحكومة هو المختص بوضع اللوائح التنفيذية، إذ تنص المادة 2/125 من الدستور" يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة" فالقانون الذي تسنه السلطة التشريعية يضع قواعد عامة تحتاج غالبا إلى لوائح تبين كيفية تنفيذها.

ويلاحظ أنه عندما يتضمن القانون النص على وجوب صدور لوائح تنفيذية لتفصيل قواعد معينة، فإن التأخير في إصدار هذه اللوائح يؤدي إلى تعطيل تنفيذ القانون ذاته، إذ يستحيل تنفيذه إذا كانت القواعد غامضة تحتاج بالضرورة إلى لوائح تنفيذيه تفصيلية ولا بد أنم تكون اللوائح التنفيذية مطابقة للتشريع فلا يجوز لها أن تخالفه أو تعدل منه.

ب اللوائح التنظيمية المستقلة : وهي اللوائح والأوامر والمناشير التي تضعها السلطة التنفيذية لتنظيم المصالح والمرافق العامة، باعتبارها السلطة الأقدر من غيرها على اختيار ما يلائم هذه المرافق والمصالح من نظم. [2] فالسلطة التنفيذية هي التي تختص بإصدار اللوائح التنظيمية، ويستمد أساسها ومصدرها من الدستور مباشرة، وينفرد بها رئيس الجمهورية إذ تنص على ذلك المادة 1/125 من الدستور وهذه اللوائح نوعان:

---

[1] حبيب ابراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص138

[2] انور سلطان، المبادئ القانونية العامة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005، ص80.

- **اللوائح التنظيمية:** وتتضمن القواعد اللازمة لسير المرافق العامة للدولة، وهي لوائح مستقلة أي لا تصدر بقصد تنفيذ تشريع معين، بل هي قائمة بذاتها لأنها الأقدر على إدراك ما هو ضروري لسير هذه المصالح أو المرافق.
- **لوائح الضبط أو البوليس:** تتضمن القواعد اللازمة لسير الأمن والهدوء والصحة العامة كلوائح تنظيم المرور، ومراقبة الأغذية وصيانة الأسواق وهذه اللوائح تختص بها أيضا السلطة التنفيذية وتتضمن عقوبات على من يخالفها، الأمر الذي أثار نقاشا فرأى البعض أن إعطاء السلطة التنفيذية السلطة في إصدار لوائح تتضمن عقوبات على من يخالفها أمر يعرض حرية الأفراد للخطر.

وتعد هذه اللوائح كذلك لوائح قائمة بذاتها أي تضعها السلطة التنفيذية دون التقيد بتشريع صادر عن السلطة التشريعية.[1]

ولكن الرأي الغالب أي صدور هذه اللوائح من السلطة التنفيذية إذ أن لوائح الضبط تتناول مسائل دقيقة تحتاج إلى السرعة في التنظيم فلا يمكن إسنادها إلى السلطة التشريعية.

ب-المعاهدات الدولية:

المعاهدات الدولية جزء من التشريع الداخلي للدولة التي تمت المصادقة عليها من طرف السلطة المختصة بذلك دستوريا وحسب المادة 153 من الدستور يصادق رئيس الجمهورية على مختلف أنواع الاتفاقيات الدولية في حين قررت المادة 154 من دستور أن المعاهدات ....

ج-التشريع العضوي والتشريع العادي :

يقصد بالتشريع العضوي والتشريع العادي مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور .

[1] حبيب ابراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص139

ويتميز التشريع العضوي عن التشريع العادي في كونه يخضع لإجراءات خاصة ويشترط توافر الأغلبية المطلقة ، وحسب المادة 140 من الدستور "يتم التشريع بتشريعات عضوية في المجالات التالية: تنظم السلطات العمومية وعملها نظام الانتخابات ، نظام الأحزاب السياسية ،القانون المتعلق بالإعلام القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي ، القانون المتعلق بقوانين المالية .

هذا بالإضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية في الدستور ومنها : المادة 135 التي تنص على أن تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الامة يكون بقانون عضوي والمواد 122-132 كذلك العضوية حسب المادة 140 من الدستور يتم المصادقة عليها بالأغلبية المطلقة ¾ من أعضاء المجلس وتخضع إجباريا قبل صدورها لرقابة مطابقة للدستور من طرف المحكمة الدستورية .

في حين المجالات التي يتم فيها التشريع بتشريع عادي محدد في المادة 139 من الدستور وتتمثل في 29 مجالا ،الأصل أن السلطة التشريعية هي التي تتمتع بسلطة إصدار تشريعات وهي في الجزائر البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الامة، أعضاء المجلس الشعبي الوطني منتخبون وأعضاء مجلس الامة الثلثان منتخبون والثلث الأخير معين من قبل رئيس الجمهورية .

استثناءا قد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع وذلك في حالتين :

-التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية .

فحسب المادة 142 من الدستور يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية بعد اخذ رأي مجلس الدولة ، ويخطر رئيس الجمهورية وجوبا المحكمة الدستورية بشأن دستورية الاوامر على أن تفصل فيها في أجل 10 ايام .

-التشريع بأوامر في الحالات الاستثنائية المذكورة في المادة 98 من الدستور . يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر الحالات الاستثنائية وذلك إذا كانت الدولة مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها .

ويجب أن تعرض الاوامر على كل غرفة من غرف البرلمان في بداية الدورة القادمة لتوافق عليها ، وتعتبر لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

-مراحل وضع التشريع العضوي والعادي :

يمر سن التشريع العضوي والعادي بعدة مراحل ، بدأ بالمبادرة بالتشريع ، الفحص المناقشة والتصويت ثم مرحلة الإصدار وأخيرا النشر .

-المبادرة بالتشريع :

لا بد من هيئة تتولى بالمبادرة بالتشريع ، فحسب المادة 143 من الدستور يكون حق المبادرة بالقوانين لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة ، للنواب وأعضاء مجلس الأمة ،ويطلق على مبادرة الحكومة بالقوانين تسمية : مشروع قانون وتطلق على مبادرة النواب أو أعضاء مجلس الأمة اقتراح قانون .

-مرحلة الفحص :

تودع مشاريع القوانين لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني وماعدا بعض مشاريع القوانين المذكورة على سبيل الحصر في المادة 140 تودع لدى مكتب مجلس الأمة وهي المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والقسم الإقليمي .

ويتم فحص اقتراح قانون أو مشروع قانون أمام اللجان المختصة على مستوى البرلمان ، حيث تعد اللجنة المختصة تقريرا حول مشاريع القوانين.

وللجنة صلاحية إدخال تعديلات عليه أو رفضه إذا رأت أنه لا يصلح للمناقشة .

-مرحلة المناقشة والتصويت :

يعد عملية الفسخ يطرح مشروع قانون أو اقتراح قانون للمناقشة والتصويت عليه في جلسة علنية، في الغرفة الأولى ثم في الغرفة الثانية .

فيما يخص المصادقة على مشروع قانون عادي يكون بأغلبية الأعضاء الحاضرين في الغرفة الأولى (النصف17) وأن تكون المصادقة عليه في الغرفة الثانية بأغلبية في أعضائه.

في حالة حدوث خلاف بين الغرفتين بان تصادق عليه احداهما اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل خلاف ،واذا تم المصادقة عليه بعد الاجتماع يعتبر عملية سن التشريع تمت وإذا استمر الخلاف فإن النص المقترح يسحب .

إذا تمت المصادقة على مشروع قانون أو اقتراح قانون من قبل البرلمان المحتمل الوجود القانوني للنص ، إلا أن نفاذه يتوقف على القيم بإجرائين أساسيين وهما : إصدار التشريع ثم نشره .

-مرحلة إصدار التشريع:

يقوم رئيس الجمهورية بإصدار التشريع حسب المادة 148 من الدستور يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل 30 يوما ابتداءا من تاريخ تسليمه إياه .

وفي حالة إخطار المحكمة الدستورية يوقف هذا الأجل حتى تفصل المحكمة الدستورية في مدى دستوريته .

ويمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب قواعد ثانية للقانون ثم التصويت عليه في غضون 30 يوم من تاريخ المصادقة عليه وفي هذه الحالة لا تتم المصادقة عليه إلا بأغلبية 3/2 أعضاء المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة.

-مرحلة النشر :

يقصد بنشر التشريع إتاحة فرصة للعلم بالقانون للكافة حتى يسري عليهم ، فالنشر إجراء ضروري ليصبح القانون ساري المفعول في مواجهة كافة الأشخاص .

ويتحقق النشر بنشر التشريع في الجريدة الرسمية ولا يعتبر نشره في وسائل أخرى كاف سواء أكانت وسائل إعلامية كالصحف والإذاعة والتلفزيون أو في دورات أو ندوات.

ويتقرر نفاذ التشريع بعد يوم كامل من تاريخ نشره في الجزائر العاصمة وفي باقي مناطق الوطن بعد مرور 24 ساعة كاملة (يوم كامل) من تاريخ وصول الجريدة الرسمية المقر الدائرة ويشهد تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة الرسمية على ذلك حسب نص المادة 04 من القانون المدني.

وعليه يعد النشر قرينة قاطعة على علم الجميع لكي يطبق عليهم.

-ثانيا : المصادر الاحتياطية :

المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية هي تلك المصادر التي لا يلجأ إليها القاضي إلا إذا لم يجد حكما للنزاع المعروض أمامه في المصدر الأصلي وهو التشريع. وعليه سنتناول المصادر الاحتياطية المذكورة في المادة 04 من القانون المدني باختصار .

أ-مبادئ الشريعة الإسلامية :

يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية الأصول العامة الكلية التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية الأصول العامة الكلية التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية ولا يختلف حول جوهرها المذاهب، ولا تشمل الحلول التفصيلية والأحكام الجزئية التي تتفاوت بشأنها المذاهب وأفكار الفقهاء.

إن الشريعة الإسلامية تعد مصدرا رسميا للقانون الجزائري إذ تنص المادة الأولى من القانون المدني على ذلك، فعلى القاضي إذ لم يجد حكما في التشريع الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وذلك مع مراعاة التدرج في مصادرها، الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وذلك باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني بعد التشريع.

وتعد الشريعة الإسلامية أيضا مصدرا ماديا للقانون، والمقصود بذلك أن المصدر المادي هو جوهر بعض نصوص القانون استمدها المشرع من مبادئ الشريعة الإسلامية، فيعد قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية وهذا فيما يتعلق مثلا بأحكام الزواج والطلاق والولاية والميراث والوصية والوقف.

كما تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا لبعض نصوص القانون المدني فمثلا : الأحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت ونظرية الظروف الطارئة وهي مأخوذة من نظرية العذر في الشريعة الإسلامية وإن كان يترتب عليها الفسخ العقد بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية بينما يترتب عليها الفسخ العقد بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية بينما يترتب عليها تعديل التزامه مع بقاء العقد قائما بالنسبة للقانون الوضعي.

ويترتب على اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول بعد التشريع مباشرة أنه:

-لا يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية إلا إذا لم يجد نص تشريعي يمكن تطبيقه.

-لا يجوز للقاضي أن يأخذ حكم مخالف للمبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها التشريع.[1]

-على القاضي البحث عن الحل في كل المذاهب، ولا يقتصر فقط على مذهب واحد.

ب-العرف :

العرف هو اعتياد الناس على اتباع قاعدة معينة من قواعد السلوك مع اعتقادهم بإلزامية الخضوع لها باعتباره سلوكا ملزما ولا يجوز مخالفته وإلا تعض للعقاب.[2]

---

[1] سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص265.

[2] محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006 ، ص59.

كما يعرف أيضا بأنه قاعدة تكونت عفويا عبر مراحل زمنية متعاقبة ناجمة عن التعود على سلوكيات وعادات ارتبطت بها الجماعة وسارت على نهجها ، [1]وله ركنان.

-**الركن المادي،** اعتياد الناس على سلوك معين لفترة طويلة من الزمن، بحيث تنشأ بينهم عادة معينة نتيجة تكرار ذلك الاعتياد وتواتره. ويشترط ان يكون الاعتياد عاما على جميع الافراد ولا يقتصر على شخص واحد او افراد معينين بالذات، كما يجب ان يكون الاعتياد قديما أي اتباع السلوك منذ مدة طويلة، كما يجب ان يكون مطردا وثابتا بحيث يتم اتباع السلوك بصفة متكررة ومستمرة ومنتظمة. وألا يكون الاعتياد مخالفا للنظام العام والآداب العامة، فاعتياد الناس على أمر من الأمور تتنافى مع النظام العام والآداب العامة لا يمكن أن ينشأ عنه عرف، فاعتياد الناس على الأخذ بالثأر في بعض الأقاليم مثلا، لا يمكن أن يؤدي إلى انشاء عرف، لمخالفة هذا الاعتياد لقاعدة أساسية من القواعد التي يقوم عليها المجتمع[2].

-**الركن المعنوي،** الشعور بإلزامية العادة، أي شعور كافة الناس بانهم ملزمون باتباع هذه العادة وأنها اصبحت قاعدة قانونية ومخالفتهم لها تستوجب العقاب ،فهذا العنصر المعنوي هو الذي يتميز العرف عن العادة إذ أن العادة لا تكون ملزمة في ذاتها إلا إذا تم الاتفاق على الأخذ بها، لا تكون ملزمة في ذاتها إلا إذا تم الاتفاق على الأخذ لها، فتكون ملزمة وإلزاميتها تنتج عن الاتفاق لا عن العادة في ذاتها .

والعادة الاتفاقية لا ترتفع إلى مستوى العرف أي إلى مستوى القاعدة القانونية، أو هي عرف ناقص تخلف فيه الركن المعنوي أي عدم الشعور بإلزام هذه العادة، فهي تقوم على الركن المادي فقط، الأمر الذي يجعلها غير ملزمة، وأن القاضي لا يعمل بها إلا إذا تم الاتفاق بين الأطراف صراحة أو ضمنيا على تطبيقها.

ويترتب على التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية النتائج التالية:

-يفترض في القاضي العلم بالعرف لأنه قانون، إلا إذا كانت القاعدة العرفية غير واضحة فيمكن للخصوم معاونة القاضي في اثبات هذه القاعدة .أما العادة الاتفاقية فلا

---

[1] سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص141.

[2] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص190

يفترض علم القاضي بها لأنها ليست قاعدة قانونية إنما مجرد واقعة مادية، بل على من يتمسك بها أن يثبت أن هناك اتفاقا بشأن العمل بها.

-على اعتبار أن العرف قانون فلا يعذر أحد من المخاطبين به بجهله له، أما العادة الاتفاقية فلا تطبق إلا إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين للعمل بها.[1]

ج-مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

يقصد بمبادئ القانون الطبيعي مجموعة المبادئ والقيم المثالية التي تقوم عليها البشرية كمبادئ مستقرة وشاملة وهي ترتبط بالحقوق الطبيعية للإنسان لهذا فهي تمثل مجموعة القواعد العامة الثابتة التي يصل إليها العقل البشري بصرف النظر عن ازلمان والمكان ، فهي القواعد المثلى التي كان من المفروض أن يتضمنها التشريع .

أما قواعد العدالة فيقصد بها الاسس العامة التي تدفع القاضي إلى اختيار أفضل الحلول بالنسبة للناع المطروح ، لأن على القاضي أن يفصل في النزاع المعروض عليه وفي حالة عدم وجود مصادر منها ذكرنا سابقا بالاستناد إلى قواعد العدالة وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة. وذلك وفقا لنص المادة 136 من قانون العقوبات

-ثالثا: المصادر التفسيرية :

يقصد بها المراجع التي يتم الرجوع إليها لتوضيح ما يكتنف القاعدة القانونية من غموض ، وتتمثل المصادر التفسيرية في الفقه والقضاء.

أ-الفقه: يقصد بالفقه ما يصدر عن العلماء من آراء في المجالات القانونية، فالفقه هو مجموع أراء العلماء والخبراء ذوي الاختصاص في المجال القانوني.

والفقه يظهر في الواقع بأعمال ذات طبيعة وأشكال مختلفة صادرة عن أساتذة القانون الجامعيين وعن القضاة والمحامين والموثقين. لذا يمكننا أن نقول إن الفقه هو عبارة

---

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص184.

عن الآراء المنشورة لرجال القانون[1]، ولذلك فللفقه دور إعلامي بوجود القانون، ودور نقدي من خلال ابراز النقائص والتناقضات الموجودة في التشريع[2]

ب-القضاء:

يقصد بالقضاء مجموعة الأحكام الصدارة عن المحاكم باختلاف درجاتها في الدعاوي التي تعرض عليها تطبيقا لنصوص القانون ،ففي إطار النظام القانوني اللاتيني الجرماني يعتبر القضاء مصدر التفسير وهو النظام الذي تتبعه الجزائر، أما في إطار النظام القانوني الأنجلوسكسوني يعد القضاء مصدرا رسميا لقواعد القانون .

تبعا للمعنى العام القضاء هو السلطة التي يعهد إليها بالفصل في المنازعات، كما يقصد بالقضاء تطبيق القواعد القانونية على القضايا المعروضة أمامه شرط استقرار الاحكام وعلى اتجاه معين. وعليه تطلق كلمة القضاء على الجهاز الفني المتمثل في مرفق العدالة، وهي الهيئة التي تتكون من مجموع المحاكم الابتدائية والادارية والمجالس القضائية المحكمة العليا ومجلس الدولة المختصة بالفصل في المنازعات بموجب ما يصدر عنها من احكام وقرارات التي تشكل مجموع اعمال قضائية صادرة عن الجهاز القضائي [3].

ويعني ايضا بالقضاء مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من احكام المحاكم عند تطبيقها للقانون على ما يطرح عليها من منازعات للفصل فيها، أي الاحكام التي تتضمن مبادئ قانونية توصل اليها القضاء بعد اعمال الراي وبذل الجهد العقلي، خاصة في الامور التي لا يوجد فيها نصوص قانونية قاطعة والتي تكون محل خلاف.[4] لا تعتبر الجزائر القضاء من المصادر الرسمية للقانون مثلما هو الحال بالنسبة للدول الانجلوسكسونية، فالنظام اللاتيني يعتمد على التشريع كمصدر رسمي وأصلي للقانون، أما دور القاضي فينحصر فقط في تطبيق القانون، دون ان يكون له

---

[1] المرجع نفسه، ص208.

[2] Patrick Courbe,op.cit, p.72

[3] BOCQUILLON Jean-François, MARIAGE Martine , Introduction au droit, Dunod, Paris, 1999, p26.

[4] هجيرة دنوني بن الشيخ حسين ، مرجع سابق، ص208.

الاختصاص في نشأته تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يفرض ان يكون دور السلطة التشريعية هو سن القانون ودور القضاء هو تطبيقه.

المحاضرة رقم (05): تقسيمات القانون والقواعد القانونية

عرف القانون الروماني التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ومناط هذه التفرقة أن ما يتعلق بالدولة باعتبارها سلطة عامة تعمل لصالح المجتمع يعتبر من قبل القانون العام، أما القواعد التي تتعلق بتنظيم معاملات الأفراد فتعتبر من القانون الخاص، [1]، ومع ظهور الافكار الاجتماعية والتي صاحبها ازدياد تدخل الدولة في مختلف النشاطات الاجتماعية مما ترتب عليه تداخل بين نشاط الفرد ونشاط الدولة، وبخصوص مع ظهور الازمات الاقتصادية والحروب التي عرفتها على وجه الخصوص الدول الاوروبية، مما اوحى بان معيار التفرقة بين القوانين قد زالت وان القواعد الامرة قد اخذت طريقها في التدخل في نشاطات الافراد الخاصة مما يجعل طغيان احكام القانون العام على قواعد القانون الخاص قد اشتدت، ومع ذلك فمازال الفقه يقيم التفرقة بين القانون العام والخاص.

وعليه يمكن أن يقسم القانون إلى قانون عام وقانون خاص ، كما توجد العديد من التقسيمات للقواعد القانونية باختلاف الزاوية التي ينظر إليها منها "قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة" قواعد موضوعية وقواعد شكلية " " قواعد آمرة وقواعد مكملة " وعليه سنتناول في العنصر الاول تقسيمات القانون وفي العنصر الثاني تقسيمات القواعد القانونية.

-أولا: تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص :

يعد هذا التقسيم أهم واقدم التقسيمات ويعود أصله للقانون الروماني ولا زال قائما في الأنظمة القانونية اللاتينية التي يندرج ضمنها القانون الجزائري، في حين في الأنظمة القانونية الأنجلوساكسونية (وتشمل الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا والدول التي تتبع نظامها القانوني) لا تعترف بهذه النظرية إذ فيها جميع العلاقات القانونية تخضع لقانون واحد commun law لو يطلق عليه مصطلح "القانون المشترك ".

---

[1] فاضلي ادريس، مرجع سابق، ص79

إن هذا التقسيم هو تقسيم تقليدي يرجع تاريخه إلى القانون الروماني، وكان الهدف من هذا التقسيم هو جعل الحاكم يتميز عن المحكومين، وذلك بتزويده بسلطات خاصة، وقد كان الرومان ينظرون الى الدولة باعتبارها سلطة عامة تعمل على تحقيق المصلحة العامة، اما بالنسبة الى المصالح الخاصة للأفراد فقد كانت الحرية في السعي من أجل تحقيقها متروكة لهم تأكيدا للنزعة الفردية التي كانت سائدة في ذلك العهد.[1]

سنتناول أسس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ثم فروع القانون العام وبعد ذلك فروع القانون الخاص.

أ- اساس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

اختلف الفقه في تحديد أساس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، ظهرت أربعة معايير، معيار صيغة القاعدة القانونية، معيار الأشخاص اطراف العلاقة، معيار المصلحة، ومعيار صفة الاشخاص اطراف العلاقة.

اولا: معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية

أ-مضمون المعيار :القانون كما ذكرنا سابقا هو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم، سواء كان هؤلاء الأشخاص طبيعيين أي أفراد أو أشخاص معنويين أو اعتباريين أي ليس حقيقيين، إنما يعترف لهم القانون بشخصية معنوية أو اعتبارية كالدولة مثلا .وعليه بحسب هذا المعيار الذي ينظر إلى الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، فحيث يتعلق الأمر بعلاقة الدولة أو أحد فروعها بالأفراد أو بدولة أخرى يكون القانون عاما، وحيث تكون العلاقة القانونية بين الأفراد يكون القانون خاصا.[2]

ب-نقد هذا المعيار :هو معيار سهل لكن يعاب عليه كون الدولة عند قيامها بتصرفاتها ونشاطها لا تتدخل بصفة واحدة، وإنما يمكن أن تكون في بعض الأحيان

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص65

[2] مصطفى محمد الجمال، محمد محسن قاسم، النظرية العامة للقانون القاعدة لقانونية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2001، 78

حاملة للسيادة وفي أحيان أخرى بدونها، قد تتدخل في العلاقة ليست بوصفها صاحبة سيادة بل كفرد عادي. [1]

وفي هذا المقام لا يتصور اعتبار العلاقات القانونية المتمثلة في البيع أو الشراء أو الإيجار أو غير ذلك علاقات قانون عام إذا كانت الدولة بوصفها فردا عاديا طرفا فيها.

ثانيا: معيار صيغة القاعدة القانونية

أ-مضمون المعيار : يرتكز معيار صيغة العلاقة القانونية على العبارات التي تشكل القاعدة إذ حسب أنصاره تكون قواعد القانون العام آمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها في حين قواعد القانون الخاص مكلمة يجوز للأفراد الخروج على أحكامها عن طريق الاتفاق على مخالفتها، فيرون أن القانون العام متمثل في قدرة الدولة أو السلطة العامة على تنفيذ قراراتها بالقوة الجبرية، أما القانون الخاص قانون حرية الأفراد لا مجال فيه للجبر والتسلط[2] .

ب-نقد هذا المعيار : انتقد هذا المعيار على أساس أنه إن كانت قواعد القانون العام كلها آمرة فإن قواعد القانون الخاص ليست كلها مكملة، فهي كذلك تتضمن العديد من القواعد الآمرة التي لا يجوز للأشخاص الاتفاق على مخالفتها. مثل: قواعد الأموال الشخصية أركان العقود، قواعد سير الشركات ... الخ[3]

ثالثا: معيار طبيعة المصلحة

أ-مضمون المعيار : ويقوم معيار طبيعة المصلحة على أن القانون العام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والقانون الخاص يهدف لتحقيق المصلحة الخاصة.[4]

ب-نقد هذا المعيار: وهذا المعيار كذلك انتقد على أساس عدم وجود حدود فاصلة بين ما يعتبر من المصلحة الخاصة وما يعد من المصلحة العامة. لأنه حتى قواعد

---

[1] حبيب ابراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص57

[2] المرجع نفسه، ص56.

[3] علي حسين نجيدة، المدخل للعلوم القانونية، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية .دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص67

[4] خليل احمد حسن قدادة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005، ص41

القانون الخاص تهدف في النهاية إلى تحقيق المصلحة العامة، لأن القانون الهدف منه هو تنظيم السلوك الاجتماعي، وهو في هذا الإطار لا يغلب أبدا المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، فمثلا حق الملكية يعد من أهم موضوعات القانون الخاص إلا أن ممارسة المالك لحقه مقيدة بعدم التعسف فيه وبأدائه للوظيفة الاجتماعية لحق الملكية التي أصبحت مرتبطة بهذا الحق في القوانين الحديثة تحقيقا للصالح العام، فنظام الزواج ايضا هو من أنظمة القانون الخاص، لكنه لا يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة فقط، بل إن تكوين أسرة يعتبر في مقدمة المصالح العامة للمجتمع .فلا يمكن لقاعدة قانونية أن تسعى الى تحقيق مصلحة خاصة إذا كانت تتعارض مع المصلحة العامة للجماعة.[1]

وبهذا لا يعتبر هذا المعيار فاصلا في التمييز بين القانون الخاص والقانون العام.

رابعا: معيار صفة أطراف العلاقة

أ-**مضمون المعيار** : اما معيار صفة أطراف العلاقة فحسبه إذا كان اطراف العلاقة القانونية للدولة أو أحد فروعها تكون بصدد القانون العام أما إذا كان أطراف العلاقة أشخاص القانون الخاص تكون بصدد أحكام القانون الخاص.

ب-**نقد هذا المعيار**: لكن ما يعاب على هذا المعيار أن الدولة تتدخل في احوال كثيرة في علاقاتها مع الأشخاص (أشخاص القانون الخاص، القانون العام ، الأفراد الشركات) باعتبارها مجرد شخص معنوي عادي كبقية الأشخاص المعنوية الخاصة .

كما ينظر إلى أطراف العلاقة من زاوية الصفة التي يتمتع بها كل طرف، فتكون الدولة أو أحد فروعها طرفا في علاقة قانون عام إذا تعاملت بوصفها صاحبة سيادة وتكون طرفا في علاقة قانون خاص إذا تعاملت بوصفها فردا عاديا،[2] فهو بذلك يتفادى أوجه قصور وعجز المعايير الأخرى المقترحة، ويتسم بالوضوح واليسر في التطبيق، وبذلك فيعتبر معيار السلطة العامة المعيار الراجح والأكثر شيوع في الفقه الحديث للتمييز بين القانون العام والخاص. فمثلا:

---

[1] حسن كيرة، مرجع سابق، ص60

[2] عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص35.

القرارات التي تصدرها الدولة لتنظيم المرافق العامة، اما القانون الخاص فيتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأشخاص بعضهم ببعض وبينهم وبين الدولة باعتبارها شخصا عاديا أي أن الدولة في هذه الحالة لا تتعامل بصفتها صاحبة سيادة وسلطة مثلا: إبرام عقود إيجار أو ممارسة نشاطات تجارية ،فالفيصل في هذا المعيار هو مدى تعامل الدولة باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة أم باعتبارها شخصا عاديا .

أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

تتجلى الأهمية العملية للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص في عدة وجوه أهمها:

الأموال العامة : الأموال العامة هي تلك الأموال التي تخصصها الإدارة للمنفعة العامة، وهي بذلك تخضع

لقواعد قانونية تختلف عن تلك التي تخضع لها الأموال الخاصة للأفراد .فالأموال العامة على خلاف الأموال الخاصة لا يجوز بحسب الأصل التصرف فيها ولا الحجر عليها ولا تملكها بالتقادم [1]

تخضع الأموال العامة(أو الدومين العام) لقواعد مميزة عن القواعد التي تخضع لها الأملاك الخاصة بالأف ا رد، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو اكتساب ملكيتها بوضع اليد أو مضي المدة(أي التقادم المكسب) وفق منطوق المادة من القانون المدني 197 "...لا يجوز التصرف فيه..."، لأن هذه الحماية من المال العام ينجر عنه تضييق نطاق المال العام وذوبانه ولو تدريجيا في نطاق الملكية الخاصة، ففي مجال الروابط الخاصة اعتمد المشرع نظاما قانونيا مخالفا لما سبق ذكره، وأجاز فيه للأفراد التصرف في أموالهم أن بالبيع أو الإيجار أو الرهن وغيرها.

الامتيازات

[1] علي حسن نجيدة، مرجع سابق، ص70.

من أجل تحقيق الصالح العام يمنح القانون العام للسلطات العامة امتيازات كثيرة لم يمنحها القانون الخاص لأشخاصه .من بين هذه الامتيازات نذكر فرض الخدمة العسكرية ولضرائب، نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة،[1] وحقها في إصدار لوائح إدارية تحكم علاقاتهم بالغير دون الحاجة إلى الحصول على موافقة الفرد العادي المتعاقد معها، كرفع إيجار السكنات أو فواتير الكهرباء أو الغاز مثلا.

العمل بالدولة أو القطاع العام

يخضع العاملون المدنيون بالدولة أو القطاع العام إلى قواعد خاصة عن القواعد التي تحكم علاقة رب العمل مع المستخدم من خلال عقد عمل فردي أو جماعي.

تخضع العقود الإدارية لقواعد مختلفة عن القواعد التي تحكم العقود العادية بحكم اختلاف طبيعة الأفراد المتعاقدة في هاتين الحالتين، إذ الإدارة في علاقاتها مع الأفراد تتمتع بجملة من السلطات تخولها صلاحية تعديل العقد بإرادتها المنفردة، أو توقيع الجزاءات على المتعاقد معها أو فسخ العقد وكل هذا تحت عنوان السلطة العامة، وكل هذا تحت عنوان السلطة العامة، وكل هذا تحكمه قواعد القانون العام .

فمبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة المعروف في مجال روابط القانون الخاص لا يمكن تطبيقه إذا تعلق الأمر بعلاقة من القانون العام.

ب-النزاعات بين الدولة والأفراد(:الجهة القضائية صاحبة الاختصاص)

عند وقوع نزاع بين الدولة والأفراد تختص المحاكم الإدارية به نظرا لتعلقه بإحدى روابط القانون العام بالمقابلة للمحاكم العادية التي تختص بالنزاعات الفردية فكل قانون جهة قضائية مختصة بفصل النزاعات المطروحة في مجال علاقاته.

ج- فروع القانون العام :

تنقسم القوانين التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة إلى نوعين : علاقة الدولة بغيرها من الدول والهيئات الدولية التي تخضع للقانون الدولي العام

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص71.

وعلاقتها بالأشخاص العاديين التي تخضع للقانون الدولي العام وعلاقتها الداخلية التي تخضع للقانون العام الداخلي الذي يشمل العديد من القوانين (القانون الدستوري)القانون الاداري القانون المالي القانون الجزائي وقانون الاجراءات الجزائية .

القانون الدولي العام :هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الدولية أيا كان نوعها سواء فيما بين الدولة أو أحد فروعها باعتبارها أشخاص معنوية عامة ذات سيادة وبين دولة أخرى أو أحد فروعها في الخارج لها نفس الصفة ، وكذلك تلك التي تنظم العلاقات بينها وبين مجموعة من الدول الأخرى أو احد المنظمات الدولية سواء في زمن السلم او الحرب [1]هذه القواعد مستمدة من العرف الدولي والمعاهدات الدولية والمبادئ القانونية العامة، فالهدف من أحكام القانون الدولي العام هو تنظيم العلاقات التي تحكم ارتباط دولة بأخرى من حيث تبيان حقوق وواجبات الدول اتجاه بعضها البعض وآليات العلاقات الدبلوماسية ووسائل فض المنازعات الدولة بالطرق السلمية. وفي حالة الحرب تتولى قواعد القانون الدولي تحديدا إجراء إعلان الحرب ومعاملة الأسرى ويطلق على هذا النوع من القواعد الخاصة بحالة الحرب" القانون الدولي الإنساني".

هناك من يرى أن قواعد القانون الدولي لا تعد قواعد قانونية، لأنه لا يوجد سلطة عامة تضع القواعد وتراقبها وتعاقب من يخالفها[2] .

لكن والجدير بالذكر أن وجود محكمة العدل الدولية وما تتمتع به توصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة من صلاحيات وما تحظى به قرارات مجلس الأمن من قوة إلزامية بالإضافة إلى الجزاءات المحتملة من قطع العلاقات الدبلوماسية وفرض الحصار والمقاطعة الاقتصادية، والمعاملة بالمثل، واستعمال القوة المسلحة، يدفعنا إلى تأكيد اعتبار القانون الدول العام قانونا بالمعنى الصحيح. [3]

[1] محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص55، بتصرف.

[2] سميد عبد السيد تناغو، مرجع سابق، 91

[3] المرجع نفسه، ص75.

القانون المالي :هو مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بالإيرادات والنفقات العامة، وكيفيات إعداد وتنفيذ ميزانيات الادارات والهيئات العمومية ومراقبتها[1].

سابقا كان القانون المالي مندمج في القانون الإداري باعتباره ينظم الجانب المالي لنشاط الإدارة ، لكن نظرا لأهميته استقل عنه ليشكل فرعا مستقلا بذاته .

القانون الدستور : يعد القانون الدستوري القانون الأساسي للدولة فهو أسمى قانون فيها، ويتضمن دستور الدولة عادة مجموعة من القواعد نذكر منها:

أ-**الواجبات العامة التي تقع على عاتق الأفراد** كواجبهم في الدفاع عن الوطن وواجب أداء الضرائب...الخ.

ب-**الحقوق الأساسية للأفراد وحرياتهم العامة** :كحقهم في المساواة أمام القانون، حق الانتخاب، حرية الرأي والعقيدة، حرية الصحافة...الخ.

ج -**شلل الدولة ونظام الحكم فيها** :أي هل الدولة بسيطة أو اتحادية، ونظام حكمها ملكي أو جمهوري، وهو هو نظام رئاسي أو برلماني.[2]

د-**السلطات العامة في الدولة** :وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، ووظائف كل سلطة منها والعلاقات فيما بينها[3]

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الدستوري، وهو يتناول هذه الموضوعات، يقتصر فيها على

أمهات المسائل تاركا التفاصيل لقانون الانتخابات والقانون الإداري والقانون المالي وقانون النظام القضائي.[4]

القانون الإداري:

[1] توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص52.

[2] محمد أحمد رفاعي، مرجع سابق، ص79

[3] مولود منصور، بحوث في القانون الدستوري، موفر للنشر، الجزائر، 2010، ص15

[4] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص80

هو مجموعة القواعد القانونية المتميزة غير المألوفة في القانون الخاص، التي تنظم قيام السلطة التنفيذية بأداء وظائفها الإدارية المختلفة، وتبين كيفية إدارتها للمرافق العامة وللأموال العامة، وتحدد علاقة الحكومة بموظفيها وتتناول نشاط الإدارة وما يصدر عنها من قرارات إدارية وما تبرمه من عقود إدارية.[1] كما يضع القانون الإداري أسس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ويحدد طريقة ممارسة هذه الرقابة بواسطة المحاكم القضائية.[2] يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم آليات قيام السلطة التنفيذية بأداء وظائفها الإدارية المختلفة، وتبين كيفية إدارة المرافق العامة والاموال العامة، وكذلك تلك التي تحدد علاقة الدولة بموظفيها وتتناول نشاط الإدارة وما يصدر عنها من قرارات إدارية وما تبرمه من عقود إدارية.

كما ينظم القانون الإداري أسس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ويحدد طريقة ممارسة هذه الرقابة بواسطة الجهات القضائية المختصة القضاء الإداري أساسا وفي حالات خاصة القضاء العادي.

-**القانون الجزائي:** هو مجموعة القواعد القانونية التي تبين الأفعال التي تعتبر جرائم والجزاءات المقررة لها، وكذلك الإجراءات الواجب اتباعها من وقت وقوع الجريمة إلى حين صدور حكم نهائي فيها،[3]وعليه فهو يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تسن حق الدولة في العقاب ومتابعة مرتكبي الجرائم، وهو يشمل نوعان:

-**القواعد الموضوعية:** والتي تظم بدورها قواعد قانون العقوبات والذي يتضمن القواعد المتعلقة بالتجريم والعقاب، وهو بدوره ينقسم إلى قسمين عام وآخر خاص ، فالعام يحدد القواعد العامة للمسؤولية الجنائية، و يوضح تعريف الجريمة وأركانها، تقسيماتها، أسباب الإباحة وموانع العقاب، الظروف المشددة والظروف المخففة والعقوبات بصفة عامة .أما القسم الخاص فهو يدرس كل جريمة على حدة فيبين لنا أركانها وصورها المختلفة والعقوبة التي توقع على مرتكبيها، وذلك انطلاقا من تقسيم الجرائم إلى جرائم أشخاص كالقتل وجرائم أموال كالسرقة.

---

[1] احمد سي علي، مرجع سابق، ص147

[2] حبيب ابراهيم الخليلي، ص85.

[3] احمد محمد رفاعي، مرجع سابق، ص82.

بالإضافة الى القوانين الأخرى المتصلة العقوبات مثل: قانون الفساد، قانون تبييض الأموال، قانون التهريب وغيرها.

-**القواعد الإجرائية:** توجد في قانون الإجراءات الجزائية، والذي يتناول الإجراءات التي تتبع من وقت وقوعه الجريمة إلى حين توقيع العقاب على الجاني، فيبين الإجراءات الخاصة بضبط المتهم، والقبض عليه، والتفتيش والحبس الاحتياطي والتحقيق الجنائي، ومحاكمة المتهم وتنفيذ العقوبة، وطرق الطعن، وينظم كذلك تشكيلة وصلاحيات السلطة المختصة بالقيام بهذه الإجراءات.

ج-فروع القانون الخاص :

إن القانون الخاص يتضمن مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين أشخاص العاديين وبينهم وبين الدولة باعتبارها شخصا عاديا وليس باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة، ويتفرع عن القانون الخاص عدة قوانين أهمها :القانون المدني والقانون التجاري والقانون الدولي الخاص.

-القانون المدني:

أهم فروع القانون الخاص، بل يعتبر أساسها وأقدمها[1] ، لذلك يسمى بالشريعة العامة مجموع فروع القانون الخاص[2]، بمعنى أن قواعد هذا القانون هي التي تطبق في كل الحالات التي لا يوجد في شأنها نص خاص في الف روع الأخرى.[3].

يعمل هذا القانون على تنظيم علاقات الافراد المتنوعة من مالية وعائلية وذلك بموجب قواعد المعاملات وقواعد الاحوال الشخصية، هذه الاخيرة اصبح لها قانون يضبطها يسمى بقانون الاسرة.

وينظم القانون المدني في الأصل نوعين من العلاقات الخاصة بالأفراد: **النوع الأول :** وهي ما يسمى بقواعد **الأحوال الشخصية**، وتشمل علاقات الأسرة وما يتصل بها من

---

[1] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص28

[2] محمد جمال مطلق ذنيبات، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون-نظرية الحق، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012، ص132

[3] عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص40

زواج وطلاق، وصاية، وصية، مواريث...الخ .غير أن هذه القواعد قد خصص لها المشرع الجزائري على غرار معظم القوانين العربية فرعا مستقلا يسمى بقانون الأسرة، حيث صدر قانون الأسرة الجزائري بالقانون رقم11/84 المؤرخ في 9جوان 1984، والذي يعد الجزء الأكبر من أحكامه مستمدا من الشريعة الإسلامية .[1]

النوع الثاني ويطلق عليه **قواعد الأحوال العينية**، وهي تنظم الروابط المتعلقة بالنشاط المالي للشخص، بحيث تشمل المعاملات المالية الحقوق المالية بأنواعها المختلفة ومصادرها، وتنقسم الحقوق المالية إلى قسمين:

أ-الحقوق الشخصية :يقصد بها الحقوق المالية التي تترتب لصالح شخص معين يسمى الدائن على شخص آخر يسمى المدين، بحيث يسمى حق الدائن بحق الدائنية ويسمى واجب المدين بالالتزام .وهنا تتعد مصادر الرابطة بين الدائن والمدين فقد يكون العقد أو الإرادة المنفردة أو الفعل الضار أو الفعل النافع أو القانون.

الحقوق العينية :هي تلك العلاقات التي تنشأ بمقتضاها سلطة مباشرة لشخص معين

على شيء مادي معين، وهي نوعين :حقوق عينية أصلية كحق الملكية، وحقوق عينية تبعية كحق الرهن الرسمي .وقد صدر التقنين المدني الجزائري بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975.

-القانون التجاري :

فهو ذلك الفرع من القانون الخاص الذي يتضمن القواعد القانونية التي تنظم الروابط الناشئة عن المعاملات التجارية بين التجار كما يتناول الأعمال التجارية.

وقد صدر القانون التجاري الجزائري بالأمر رقم59/75 في 26 سبتمبر 1975، ويرجع استقلال القانون التجاري عن القانون المدني إلى ما تطلبه التجارة من سرعة

[1] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة في ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص8

وثقة وظهور نظم جديدة لم يكن لها وجود في التعامل غير التجاري كالبنوك والبورصات والأوراق التجارية.[1]

يتضمن هذا القانون تعريف التاجر وتحديد اهليته والتزاماته ،وكذلك يحدد أنواع الأعمال التجارية والاوراق التجارية، كما ينظم الشركات التجارية والمحل التجاري والعقود التجارية ويتناول أحكام الإفلاس التجاري.

ويظهر الفرق بين القانون المدني والقانون التجاري في كون أن هذا الأخير يقتصر على الروابط الناشئة عن القيام بالأعمال التجارية وعلى تنظيم نشاط أفراد بعينهم وهم التجار، في حين أن القانون المدني ينظم كافة الروابط الخاصة بغض النظر عن مهنة القائمين عليها[2] .

القانون البحري: هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية حيث تتركز قواعد القانون البحري في السفينة وما تحمله بوصفها وسيلة هذه الملاحة.

القانون الجوي: يشتمل على مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة عن الملاحة

الجوية، ويعتبر حديث نسبيا نظرا لحداثة وسيلة الملاحة الجوية وهي الطائرة .وهو ينظم كل ما يتصل بالطائرة بخصوص ملكيتها وبيعها ورهنها والنقل الجوي للبضائع والأشخاص وما ينجم عنه من مسؤولية والتأمين الجوي[3].ويستمد القانون الجوي معظم أحكامه من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية مثل اتفاقية هافانا واتفاقية وارسو، وقد استقل هو كذلك عن القانون التجاري نظرا لخصوصية الطائرة وأهميتها[4]

قانون الأحوال الشخصية :

يطلق عليه كذلك مصطلح "قانون الأسرة" هو الذي ينظم علاقات الفرد بأسرته، كالزواج، الطلاق، النسب، الحضانة وأحكام الولاية وما يترتب على ذلك من علاقات

---

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص92

[2] حمزة خشاب، مولود ديدان، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر 2014، 36

[3] حمزة الخشاب، مولود ديدان، مرجع سابق، ص37

[4] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص95.

قانونية والتزامات مادية ومعنوية، كما يتناول أحكام الميراث وعقود الهبة والوصية نشير إلى أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية .

-قانون العمل:

يتضمن مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي يقوم بين العمال وارباب العمل، وكانت هذه العلاقات خاضعة للقانون المدني وترتكز على مبدا "العقد شريعة المتعاقدين " ومبدأ "سلطان الإرادة"، إلا أن الرغبة في توفير حماية كافية للعامل في مواجهة أرباب العمل جعلت التشريعات الحديثة تتضمن تشريعا خاصا لتنظيم هذه العلاقة.

قانون الاجراءات المدنية والادارية:

ويمكن تعريفه بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلطة القضائية، وتبين اختصاص المحاكم والإجراءات الواجب إتباعها للوصول إلى حماية الحقوق، ويشمل هذا القانون على مجموعتين من القواعد:

المجموعة الأولى :تتضمن القواعد المطبقة والإجراءات المتبعة أمام المحاكم العادية.

المجموعة الثانية :تتضمن القواعد المطبقة والإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية.

-القانون الدولي الخاص:

يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تتولى تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي فتبين القانون الواجب التطبيق في حالة المنازعات، فتضبط مسالة تنازع اختصاص المحاكم الوطنية في الفصل فيها، أي الحالات التي يختص فيها القضاء الوطني في النظر في المنازعات ذات العنصر الاجنبي، القانون الذي يطرح في الواقع مسالة وضعية الاجانب في دولة ما، وما هي حقوقهم وواجباتها في ذلك البلد، [1]

وهنا يمكن ان نشير الى مثال حالة زواج جزائري بأجنبية ،أو قيام عقد بيع بين جزائريان في الخارج ، فهذه العلاقات تطبق عليها أحكام تنازع القوانين التي تعد

[1] هجيرة دنوني بن الشيخ حسن، مرجع سابق، ص52.

الموضوع الاساسي للقانون الدولي الخاص، ويطلق عليها مصطلح قواعد الإسناد والتي تتضمن تحديد القانون الواجب التطبيق وطني أو اجنبي، وكذا المحكمة المختصة .

كما يتضمن القانون الدولي الخاص المسائل المتعلقة بالجنسية سواء تمثلت في اكتسابها وفقدها والحقوق التي تمنحها.

المحاضرة رقم (06): مجالات تطبيق القواعد القانونية

نقصد هنا بنطاق تطبيق القاعدة القانونية تحديد مجالات ثلاثة:

- تحديد من هم الأشخاص المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية،

- تحديد مجال تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان،

- تحديد سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان،

أولا نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص:

يقوم النظام القضائي في الجزائر على أساس **مبدأ ازدواجية القضاء**، حيث نجد قضاء عادي وقضاء اداري .**فالقضاء العادل** أو المحاكم العادية، هي جهة القضاء صاحبة الاختصاص في الفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثني بنص خاص، ويوجد على قمة القضاء العادي المحكمة العليا، وتأتي بعدها المجالس القضائية ثم المحاكم الابتدائية .أما القضاء الإداري، فهو المختص بالفصل في سائر المنازعات الإدارية والدعاوى، ويتجسد القضاء الإداري في مجلس الدولة والمحاكم الإدارية.

- **مضمون وأساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون**

يقصد بهذا المبدأ أنه بعدما تتكون القاعدة القانونية وتصبح نافذة على النحو السابق بيانه، فإنها تسري في حق جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامها دون استثناء سواء علموا بها أم لم يعلموا، وسواء علم بها البعض وجهلها البعض الآخر .وعلى ذلك لا يعفى أحد من الخضوع لأحكام هذه القاعدة بدعوى جهله بها حتى يتهرب من تطبيقها عليه[1]ويعود التأصيل التاريخي لهذه القاعدة إلى القانون الروماني من خلال وضع قانون الألواح الاثني عشر[2]

---

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص218.

[2] علي فيلالي، مرجع سابق، ص239

ومبدأ" عدم جواز الاعتذار بجهل القانون" لا يقتصر على القواعد الآمرة فقط دون القواعد المكملة، لأنه لو كان كذلك فسيفح المجال أمام الأفراد للإدعاء بجهل القواعد المكملة واستبعادها من قبل ذوي المصلحة حتى بعد التعاقد، وهذا يتنافى مع عنصر الالزام الموجود في القاعدة المكملة، ويتنافى مع مبدأ استقرار المعاملات فالحكمة الاستثناءات الواردة على المبدأ. [1]

فلا يتوقف تطبيق سلطان القانون و قواعده التي تتصف بالعمومية على الظروف الخاصة للأشخاص ، كأن يكون واجب التطبيق على من علم به فعلا ولا يكون مطبقا على من لم يعلم به ، فذلك يؤدي إلى فتح باب الإدعاء بالجهل بقواعد القانون كلما بدت متعارضة مع مصالح المخاطبين بها، لذلك فإن سلطان القانون يفرض ويطبق على الكافة سواء من علم به أو لم يعلم به ، وهذا ضمانا لامتداد سلطان القانون على الجميع ومنع أي تهرب من قواعده بحجة الجهل بها ، مما يعتبر في نظر المشرع قرينة قاطعة على افتراض علم الكافة بالقانون ، بحيث لا يسمح لأي شخص أن يثبت جهله بالقانون ولو كان يجهله فعلا ، رغم مخالفة ذلك للواقع ، والتي لا تعدو لنا سوى حيلة من افتراض المشرع.[2]

ونظرا لأهمية هذا المبدأ جعله المشرع الجزائري قاعدة دستورية، وهو ما نص عليه في المادة60 من دستور 1996 بقولها" :لا يعذر بجهل القانون"، وبالتالي يجعل منه واجبا دستوريا.[3]

ومن الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ ما يلي:

بالرغم من التسليم بأن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون هو مبدأ أساسي من مبادئ القانون، تقتضيه روح العدالة ويفرضه مبدأ المساواة أمام القانون، إلا أنه لا يمكن تطبيقه بصفة مطلقة دون أن يرد عليه أي استثناء، ولقد ثار جدل في الفقه بشأن حالات الاستثنائية لتطبيق هذا المبدأ، ولم يقع الإجماع إلا بصدد حالة القوة القاهرة، أما الاستثناءات الأخرى فقد كانت محل خلاف:

---

[1] حسن كيرة، مرجع سابق، ص318، بتصرف.

[2] احمد سي علي، مرجع سابق، ص268

[3] حمزة الخشاب، مولود ديدان، مرجع سابق، ص108

أولا :الاستثناء المسلم به(القوة القاهرة)

من المسلم به أن وجود قوة قاهرة تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى مناطق معينة من إقليم الدولة يؤدي إلى استبعاد العمل بهذا المبدأ .أي يمكن للأشخاص الاعتذار بجهل القواعد القانونية .فاستحالة وصول الجريدة الرسمية إلى تلك المنطقة يعني استحالة العلم بها.[1]

ومثال القوة القاهرة :احتلال العدو لإحدى مناطق الدولة والحرب والزلزال، انقطاع السكك الحديدية أو وقوع أية كارثة كغرق أو فيضان أو غير ذلك من الظروف التي تؤدي إلى استحالة العلم بالقانون بالوسيلة المخصصة لذلك[2]

وفي هذه الحالة يستبعد تطبيق مبدأ لا يعذر أحد يجهل القانون إلى حين زوال القوة القاهرة ووصول الجريدة الرسمية إلى المواطنين.

وتجدر الإشارة هنا أن مجال هذا الاستثناء مقصور على القواعد التشريعية فهي وحدها التي تنشر في الجريدة الرسمية، وحتى في هذا المجال فهو استثناء محدود الأثر لندرة الأحداث التي تؤدي إلى تحققه، وخاصة في عصر تقدمت فيه وسائل النقل الجوي بدرجة كبيرة.[3].

ثانيا: الاستثناءات في إطار فروع القانون العام:

فروع القانون العام كقانون العقوبات والقانون الإداري وغيرها تمثل سلطة الدولة وسيبادنها عن طريق تطبيق قوانينها لهذا فهي تسري على عامة الأشخاص المقيمين على إقليمها تطبيقا لمبدأ عمومية القوانين مع مراعاة الاستثناءات التالية

- **حصانات المواطنين:** تنص قانين الدول على حصانة لبعض فئات المواطنين وهذا لتمكينهم من القيام بواجباتهم الوطنية بكل حرية تحقيقا للمصلحة العامة مثل الحصانة التي يتمتع بها نواب المجلس الشعبي الوطني.

---

[1] همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون نظرية القانون، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت 2010، 338.

[2] خليل احمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص133

[3] حسن كيرة، مرجع سابق، ص319

حصانات الاجانب: من المتعارف عليه في العلاقات بين الدول أن تحص كل منها بعض رعايا الدول الأجنبية بحصانة م ذلك إما بناء على معاهدات دولية أو نصوص قانونية داخلية أو بمقتضى العرف الدولي مثال علة ذلك الحصانة الممنوحة لأعضاء البعثات الديبلوماسية كالسفراء.

ثالثا: الاستثناءات في إطار فروع القانون الخاص:

توجد عدة استثناءات في إطار فروع القانون الحاص كالقانون المدني والقانون التجاري وغيرها:

- **الاهلية:** يخضع الشخص فيما يخص أهليته لقانون جنسيته دائما حسب المادة 10 من القانون المدني. ويجدد سن الرشد المدني في الجزائر ب 19 سنة كاملة حسب نص المدة 40 من القانون المدني.
- **الأحوال الشخصية:** فيما يخص صحة عقود الزواج فيما يخص الشروط الموضوعية القانون الوطني لكل من الزوجين حسب نص المادة 11 من القانون المدني.
- **الالتزامات التعاقدية:** تخضع من حيث الشكل لقانون البلد الذي تعقد فيه حسب المادة 19 من القانون المدني ويجوز أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين أو لقانون الذي يطبق على الجوانب الموضوعية. أما من حيث الموضوع فيخضع العقد للقانون الذي يختاره الطرفان إذا كانوا مختلفي الجنسية أما إذا كانوا من نفس الجنسية فيخضعون لقانون جنسيتهم حسب نص المدة 18 من القانون المدني.

الاستثناءات موضع الخلاف

توجد إلى جانب القوة القاهرة استثناءات أخرى غير متفق عليها مثل طلب إبطال العقد لغلط في القانون، جهل تشريع غير جنائي ينفي المسؤولية الجزائية، جهل أجنبي لقانون العقوبات للدولة التي يذهب إليها خلال فترة معينة:

1-إبطال العقد لغلط في القانون:

ومضمون هذا الاستثناء حسب بعض الفقهاء أنه يمكن للشخص الذي وقع في غلط إمكانية طلب إبطال العقد، وفي هذا الصدد نصت المادة 20 من القانون المدني الجزائري على ما يلي " :يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله." وشرحت المادة 22 من القانون المدني معنى الغلط الجوهري بقولها " : يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في ذلك الغلط، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية." إذن الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص يصور له واقعة على غير حقيقتها ويدفعه للتعاقد[1].

غير أن الحماية التي قررها المشرع لضحايا الغلط في القانون هي منطوية على استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تكون مقتصرة على القواعد المكملة وحدها دون القواعد الآمرة التي لا يجوز الاحتجاج بالغلط في القانون إذا كان متعلقا بها حيث يجوز لمن وقع فيه طلب إبطال العقد ، ومن أمثلة ذلك نذكر حالة الزوج الذي يهب مطلقته مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلا أن الطلاق الرجعي يتقلب بائنا بانتهاء العدة ، فلا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد ، فيجوز له أن يطلب إبطال الهبة للغلط في القانون الواقع هنا في شخص المتعاقد. [2]

ومن أمثلة الغلط في القانون كذلك التي تجيز للمتعاقد طلب ابطال العقد أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب ابطال البيع نظرا للغلط في القانون الذي وقع في القيمة [3].

ورغم ذلك هناك موقف لا يسلم بهذا الاستثناء، ويرون أن تمكين المتعاقد من إبطال العقد بسبب الغلط في القانون لا ينطوي على استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، مدعما رأيه بحجتين [4]:

---

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص225.

[2] احمد سي علي، مرجع سابق، ص274.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص308

[4] احمد سي علي، مرجع سابق، ص ص 274، 275.

–في هذه الحالة، لا نكون بصدد استثناء حقيقي من هذا المبدأ إلا بإعفاء الشخص من واجب الخضوع لحكم قاعدة قانونية بسبب جهله بها، ولا يجري الأمر على هذا النحو في الحالات التي يجوز فيها إبطال العقد للغلط في القانون، لأن إبطال العقد الجائز لهذا السبب لا يؤدي إلى إعفاء المتعاقد الذي طلب الإبطال من الخضوع لحكم القاعدة القانونية التي يجهلها، ولا يمنع سريانها في حقه، ومن أمثلة ذلك نذكر:

–في المسائل المتعلقة بالتركة، فإن الوارث لا يمنع الحكم له بإبطال البيع من خضوعه لقواعد الميراث التي كان يجهلها بل تظل سارية في حقه ويحصل على نصف التركة، والحماية التي يقررها القانون على ضحايا الغلط بحسن نية في مثل هذه الحالات حماية مشروطة بعدم استبعاد حكم القانون والدليل على ذلك أنه حيث يؤدي إبطال العقد لغلط في القانون إلى تمكين المتعاقد من الإفلات من حكم قاعدة قانونية، فإنه في هذه الحالة يعين حرمان هذا الأخير من طلب الإبطال.

في عقد القرض لا يجوز للمقرض أن يطلب إبطال عقد القرض الذي عقده بفائدة تجاوز الحد الأقصى المشروع للفائدة الاتفاقية بحجة الغلط في القاعدة القانونية التي تضع هذا الحد، بل يتعين عندئذ إخضاع مثل هذا المتعاقد لحكم القانون وذلك بإبقاء العقد قائما،

وإنقاص الفائدة المتفق عليها إلى الحد الأقصى المشروع.

–في عقد الايجار لا يجوز للمؤجر أن يطلب إبطال عقد الإيجار الذي عقده بأجرة تجاوز الحد الأقصى الذي قرره القانون بحجة الغلط في حكم القاعدة القانونية التي قررت هذا الحد، بل يجب إخضاع مثل هذا المؤجر لحكم القانون ، وذلك بالإبقاء على العقد قائما والاكتفاء بتخفيض الأجرة المتفق عليها إلى الحد الأقصى المقرر قانونا.

ينتقد أنصار هذا الاتجاه الفقهي ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الفقهي الأول بخصوص اعتبار الغلط في القانون كاستثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل به، والذي

يقتصر في نطاق القواعد المكملة فقط دون القواعد الآمرة، مستندين في ذلك إلى الحجج التالية[1]:

-لا ضرورة لقصر مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون على القواعد الآمرة دون القواعد المكملة ،ما دامت طبيعتها الملزمة هي واحدة.

-إن جواز طلب إبطال العقد للغلط في القانون سواء أنصب على قواعد آمرة أو قواعد مكملة فهو لا يؤدي إلى استبعاد حكم القانون

الجهل بتشريع غير جنائي يتوقف عليه تقرير المسؤولية الجنائية:

يقصد أصحاب هذا الرأي من هذا الاستثناء أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

لا يمتد تطبيقه إلى الجهل بالتشريعات غير الجنائية، اذ أن الجهل بهذه التشريعات يصلح عذرا يمنع من العقاب لانتفاء القصد .غير أن الجهل بأحكام قانون العقوبات لا يؤدي إلى اعفاء مرتكب الجريمة من مسؤوليته الكاملة عند ارتكابها.

وقد اتجه القضاء الفرنسي إلى أن جهل المتهم بقاعدة تشريعية غير جنائية تؤسس عليها

العقوبة يصلح عذرا له فيرفع عنه المسؤولية الجنائية، فقضي ببراءة عامل من تهمة السرقة لانتفاء القصد الجنائي لديه، وكان قد استولى على الكنز الذي عثر عليه في أرض مملوكة للغير بأكمله جاهلا قواعد التقنين المدني التي تجعل له نصفه فقط وتجعل النصف الآخر لمالك العقار .

ومع ذلك يرى جانب من الفقه أن عدم مساءلة الجاني في هذه الحالة لا يمثل خروجا عن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، وذلك يرجع لسببين:

الأول: أن الحكم ببراءة المتهم وارتفاع المسؤولية الجنائية عنه لا يؤثر على تطبيق القاعدة المدنية التي ثبت جهل المتهم بها، أي أن مكتشف الكنز لا ينفرد به لوحده بل يتقاسمه معه مالك العقار.

[1] حسن كيرة ، مرجع سابق، ص322.

الثاني: اعفاء المتهم من المسؤولية الجنائية ليس بسبب جهله للقاعدة المدنية مثلا، بل لانتفاء القصد الجنائي لديه.

ثانيا نطاق تطبيق القانون من حيث المكان:

نقصد بنطاق تطبيق القانون من حيث المكان ، تحديد الإقليم الذي يقيم عليه الشخص سواء في الدولة التي يرتبط بجنسيتها أو الدولة الأجنبية التي يقيم فيها ، وتعيين القانون الذي يخضع إلى سلطانه وفقا لأساسين رئيسيين :[1]

الأساس الأول : مفاد هذا الأساس أن سلطان القانون ينحصر داخل إقليم الدولة ، بحيث يطبق على كل المقيمين في إقليمها سواء أكانوا مواطنين أم أجانب ، ويستتبع ذلك بالتالي عدم إمكان تطبيق القانون على مواطني الدولة إذا غادروا إقليمها.

اتخاذ هذا الموقف يعني اتباع مبدأ إقليمية القوانين **principe de la territorialité des lois**

الأساس الثاني : يعتمد هذا الأساس على امتداد سلطان القانون إلى خارج إقليم الدولة، بحيث يطبق على مواطنيها سواء أكانوا مقيمين فوق ترابها وداخل حدودها الإقليمية أم خارج إقليمها، ويستتبع ذلك عدم تطبيق قانون الدولة على الأجانب ولو كانوا مقيمين داخل إقليمها، واتخاذ هذا الموقف يعني اتباع مبدأ شخصية القوانين. **Principe de la Personnalité de lois**

إنه رغم وجود هذين المبدأين، غير أنه لا يمكن ان يستأثر احدهما دون الآخر بتحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان، و إلا لأدى ذلك إلى إخضاع الشخص المقيم في دولة أجنبية لقانون هذه الدولة حتى فيما يخص مسائل الزواج والطلاق، إذا ما طبقنا مبدأ إقليمية القوانين، في المقابل لو طبقنا مبدأ شخصية القوانين على إطلاقه لأدى ذلك إلى نتائج غير مرضية إذا ما استمر الشخص خاضعا وملتزما بقانون دولته وقد تكون في بعض الحالات خطيرة، منها على سبيل المثال استمرار التزام سائقي السيارات البريطانيين بالسير على اليسار حتى ولو كانوا خارج بريطانيا كأن يدخلوا إلى

---

[1] احمد سي علي، مرجع سابق، ص307.

التراب الفرنسي برا ملتزمين على أقصى الجانب الأيسر للطريق أو في الجزائر، حيث ينجم عن ذلك لا محالة وقوع حوادث مرور خطيرة، لذلك لا يمكن الاعتماد بصورة مطلقة على مبدأ واحد.

لهذا فقد أسهم كل من المبدأين بنصيب في تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

-مبدأ إقليمية القوانين.

والذي يعني أن سريان القانون الوطني يكون على كل من يتواجد على إقليم الدولة التي أصدرته سواء أكان من الوطنيين أو الأجانب، ولا يسري للخارج ولو كان من رعايا الدولة،[1] ويأخذ بهذا المبدأ أغلبية بلدان العالم، من بينهم الجزائر، حيث ينص المشرع في المادة 05 من القانون المدني الجزائري على أنه "يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن" ويرتبط مبدأ إقليمية القوانين بظهور مبدأ السيادة ارتباطا وثيقا، ونتيجة لذلك أضحى من المنطق أن يسيطر مبدأ الإقليمية على مجموع فروع القانون العام، فالقانون الدستوري ونظرا لخصوصية قواعده المتكفلة بتنظيم سلطات الدولة وتحديد حقوق وحريات الأفراد فلا يتصور أن تنفذ خارج إقليم الدولة، وفي مجال قانون العقوبات فهو مظهر من مظاهر سيادة الدولة فيحق لأي دولة أن تجرم أي فعل تراه مهدد أمنها وعلاقة أفرادها ببعضهم البعض حيث تنص المادة 03 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: يطبق العقوبات الجزائري على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية الجزائري.

وعليه يستند هذا المبدأ إلى فكرة سيادة الدولة على اقليمها، وبالتالي يصبح تطيق قوانين أخرى على ما يقع داخل اقليمها اعتداء على سيادتها .لذلك يعد تطبيق قانون الدولة في اقليمها على كل الأشخاص المتواجدين فيه من أهم مظاهر السيادة.[2]

تسري طبقا لمبدأ إقليمية القوانين الاحكام القانونية المتعلقة بالأمور التالية: لوائح الامن والشرطة وقوانين الإجراءات سواء المدنية أو الإدارية أو الجزائية وكذا قواعد

[1] حمزة الخشاب، مولود ديدان، مرجع سابق، ص112.

[2] محمد سعيد جعفور،مرجع سابق، ص231.

الاختصاص القضائي، والقواعد المتعلقة بالعقارات والقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة. والأصل هو مبدأ الإقليمية أي أن كل قوانين الدولة تطبق على الوقائع القانونية والتصرفات القانونية التي تتم على إقليمها ما عدى ما استثني بنص خاص وبهذا يتم الجمع بين القاعدين لتحقيق التوفيق بين سلطة الدولة على إقليمها و سلطة الدولة على مواطنيها.

كما يسري مبدأ الإقليمية على كل ما يتصل بالنظام العام ، بحيث لا يطبق القانون الأجنبي في الحالات التي يسمح فيها بتطبيقه وفقا لمبدأ شخصية القوانين اذا كانت قواعده متعارضة مع النظام العام و الآداب في الدولة ، ولقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ اقليمية القوانين في تشريعه الأساسي مبينا نطاق سلطان القانون الذي يشمل المجال البري والبحري والجوي على كل المخاطبين به والمقيمين بالتراب الوطني وقد أكد قانون العقوبات الجزائري مبدأ الإقليمية بنص صريح قرر أن قانون العقوبات يطبق على كافة الجرائم التي ترتكب في إقليم الجمهورية. كما نجد مكانة خاصة لمبدأ اقليمية القوانين في تقنين الإجراءات الجزائية بالنسبة لجرائم الجنايات و الجنح التي ترتكب على ظهر المراكب أو متن الطائرات[1].

مبدأ شخصية القوانين :

ونعني بهذا المبدأ سريان قانون الدولة على رعاياها أيا كان مكانهم، فيحمل كل منهم قانونه على ظهره أينما حل بعد رحيله من الوطن، ومقتضى إعمال هذا المبدأ عدم تطبيق الدولة لقانونها على الأجانب الموجودين على أرضها احترما للقانون الوطني الواجب التطبيق، وبالتحديد مجال تطبيق هذا المبدأ على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فموضوع هذه العلاقات والمعاملات لا علاقة لها بالجانب السيادي للدولة ويفترض فيها ألا تعارض بينها وبين النظام العام، وقد أجمعت النظم المعاصرة على أنه إذا تعلق الأمر بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصية والنفقة والميراث فيطبق على الأجنبي قانونه الوطني الخاص بالدولة التي ينتمي إليها.

---

[1] احمد سي علي، مرجع سابق، ص310.

كما أن سيادة الدولة على شعبها هو عنصر من عناصر الدولة، فلا وجود لها بدون شعب، ولا وجود للشعب بدون دولة، وبالتالي تطبيق قانون أجنبي على مواطن يعد اعتداء على سيادة الدولة المنتمي إليها.

يقوم هذا المبدأ على محورين أساسيين:

–أن تطبق جميع تشريعات الدولة على جميع مواطنيها المقيمين على إقليمها وعلى إقليم الدول الأخرى

–أن الأجانيب المقيمين في غير دولتهم يخضعون لتشريعاتهم الوطنية.

مبدأ الإقليمية هو الأصل ومبدأ الشخصية هو الاستثناء

من الناحية العلمية لو طبقنا مبدأ الإقليمية فقط فلا نجد أي إشكال، فكل دولة تطبق قانونها على إقليمها .والمشكل هنا أنه لا توجد دولة لا يوجد أجنبي عل اقليمها، ولو طبقنا أيضا مبدأ الشخصية فقط لأدى إلى تعارض مع ما للدولة من سيادة على إقليمها، فهذا التطبيق سيسمح للأجانب بمخالفة القواعد القانونية للدولة التي يقيم فيها.

وبناء على ما تقدم تم الأخذ بالمبدأين معا، لكن مبدأ الإقليمية يكون هو الأصل ومبدأ الشخصية هو الاستثناء، حيث رجح فقهاء القانون سيادة الدولة على إقليمها على سيادة دولة على رعاياها .[1]

وفي الجزائر فإن مبدأ إقليمية القوانين هو الاصل وهو ما يظهر في نص المادة رقم1/4 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أن "تطبق القوانين في تراب **الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية** ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية"

أكد تقنين العقوبات الجزائري مبدأ السريان الإقليمي للقانون من خلال نص المادة 1/3

والتي قضت بأنه" :يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية." فحسب هذه المادة يطبق قانون العقوبات على كل الجرائم التي ترتكب على الإقليم الجزائري سواء كان مرتكب الجريمة جزائري الجنسية أو أجنبيا، ومهما

[1] سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص636

كانت جنسية المجني عليه أو طبيعة الجريمة، وفي المقابل لا يمتد قانون العقوبات الجزائري إلى ما يقع من جرائم خارج الإقليم الجزائري. (محمد سعيد جعفور، 2011، ص233)

تطبيق القانون من حيث الزمان :

وتبقى القاعدة القانونية سارية المفعول إلى تاريخ إلغائها، وإذا ألغيت وعوضت بقاعدة قانونية أخرى نكون بصدد تنازع القوانين من حيث الزمان.

الغاء القاعدة القانونية: مفهومه : مفاد إلغاء القانون هو تجريد قواعده من قوتها الملزمة، مما يؤدي إلى إنهاء سلطانها على الأشخاص الذين كانوا مخاطبين بأحكامها.[1] وقد يكون الإلغاء باستبدال قاعدة قانونية بقاعدة أخرى تحل محلها، أو بالاستغناء نهائيا عن تلك القاعدة.[2]

ويلاحظ أن ثمة فرق بين الإلغاء والإبطال، فهذا الأخير ينصب على قاعدة معيبة التكوين لذلك يمتد أثره حتى إلى الماضي ويجعل تلك القاعدة في حكم العدم .أما الإلغاء فينصب على قاعدة تشريعية صحيحة، وبالتالي إلغاء تلك القاعدة يزيلها بالنسبة إلى المستقبل فقط.[3]

بحيث يؤدي إلغاء القانون إلى تجريد قواعده من قوتها الملزمة بقواعد قانونية من نفس المرتبة أو أقوى منها ، وفقا لتدرج المصادر الرسمية للقانون ، بحيث تعد القواعد الناشئة عن المصدر الرسمي الأصلي أسمى مرتبة من القواعد الناشئة عن المصادر الرسمية الإحتياطية، والقواعد التي تنتمي إلى التشريع باعتباره مصدرا رسميا أصليا، فتتحدد مرتبتها فيما بينها وفقا لتدرج القواعد التشريعية من التشريع الأساسي إلى التشريع العادي والتشريع الفرعي ويترتب على ذلك النتائج الآتية:[4]

– تلغى قاعدة عرفية بقاعدة عرفية لاحقة تنشأ مخالفة لها

---

1 احمد سي علي، مرجع سابق، ص279

2 فريدة محمدي، 1998، ص62

3 علي فيلالي، مرجع سابق، ص263.

4 احمد سي علي، مرجع سابق، ص 280.

– تلغى قاعدة عرفية بقاعدة تشريعية

– تلغى قاعدة تشريعية بقاعدة تشريعية لاحقة، وهو ما قرره المشرع في التقنين المدني، ويترتب عن ذلك: إلغاء قاعدة تشريعية عادية بقاعدة تشريعية أساسية، او الغاء قاعدة تشريعية عادية بقاعدة تشريعية عادية، أو الغاء قاعدة تشريعية فرعية بقاعدة تشريعية عادية.

وبالرجوع الى نص المادة الثانية من التقنين المدني التي تنص على أن "... لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم." فننا نفهم منها أن الالغاء هو على نوعان: **الالغاء الصريح** الذي يكون عن طريق التشريع، فهنا ترفع القوة الملزمة صراحة لقاعدة قانونية ما، بحيث يكون إما بإصدار قاعدة قانونية او نص قانوني جديد يلغي صراحة النص القديم، او بتنظيم وقتيل سريان النص التشريعي الجديد بمدة معينة بذلك يصبح هذا القانون الجديد ملغى بانتهاء تلك المدة المحددة، ويسمى هذا التشريع بالتشريع المؤقت، وهو يصدر عادة لمواجهة بعض الظروف كالحرب، الطوارئ بعض الأمراض...إلخ.[1]

والالغاء الضمني: والذي يستخلص من موقف المشرع ويكون حسب المادة الثانية سابقة الذكر إما بتنظيم نفس الموضوع من جديد أو بتعارض قاعدة جديدة مع قاعدة قديمة.

تنازع القوانين بين القديم والجديد

الأصل أن القانون يكون واجب التطبيق في اليوم الموالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية أو من التاريخ الذي يحدده نص القانون. فقد يثور التنازع بين تشريعين متعاقبين ، تشريع قديم وتشريع جديد من حيث مدى سلطان كل منهما على الأخر بالنسبة للوقائع والمراكز القانونية التي ترتبط ببعضهما البعض من حيث حدوثها

[1] همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص356

وتكونها وتحقق بعض آثارها في ظل القانون الجديد دون أن تستنفذ بعض الوقائع والمراكز القانونية كافة آثارها في ظل التشريع القديم الذي حدثت أو تكونت وفقا لقواعده . يعتمد حسم هذا التنازع بين التشريع القديم والتشريع الجديد أساسا على مبدأين رئيسيين هما:

مبدأ الأثر الفوري للقوانين: مفاده أن كل تشريع يطبق فورا بمجرد أن أصبح نافذا فهو يرتب أثاره على كل الحالات التي تقع بعد نفاذه بصفة فورية ومباشرة. فالقانون الجديد يصدر ويطبق على المستقبل لا على الماضي.

يبرر هذا المبدأ عدة اعتبارات أهمها:

–تطبيق هذا المبدأ يمنع ازدواج القانون الذي يحكم المراكز القانونية المتماثلة، فبمجرد صدور القانون الجديد يمتد سلطانه إلى آثار كل المراكز القانونية التي تتحقق في ظله سواء كانت قد تكونت قبل نفاذه أو بعد نفاذه، وبذلك تتحقق وحدة القانون الذي يحكم المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة .[1]

إن تعديل المشرع أو الغاءه لقانون قائم يعد إقرارا منه بقصوره أو عدم صلاحيته، ويفترض من ناحية أخرى أن القانون الجديد في نظر المشرع أكمل من القانون السابق أو أفضل، ومن ثم يكون من المصلحة العامة تعميم تطبيقه الفوري على أوسع نطاق ممكن.[2]

مبدأ عدم رجعية القوانين: يقصد به عدم سريان أحكام القانون الجديد على الماضي سواء بالنسبة للوقائع التي تكون قد حدثت أو المراكز القانونية التي تكون قد تكونت في ظل أحكام القانون السابق، أو بالنسبة للآثار التي ترتبت على تلك الوقائع أو المراكز في ظل هذا الأخير، ففي هذا الفرض يحتفظ القانون القديم بسلطانه ولا يجوز للقانون الجديد أن يزاحمه في ذلك، وهذا ما يعبر عنه بعدم جواز رجعية القانون على الماضي[3].

---

[1] حسن كيرة، مرجع سابق، ص363.

[2] البدراوي عبد المنعم، مبادئ القانون، دار الكتاب العربي، بيروت، 1975، ص179

[3] حبيب ابراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص220.

الاستثناءات على مبدأ عدم رجعية القوانين: تتمثل الاستثناءات على مبدأ عدم رجعية القوانين فيما يلي: [1]

القانون الجنائي الاصلح للمتهم: قررت قاعدة عدم رجعية القوانين لحماية الافراد من تعسف السلطات. فالحكم من هذه القاعدة لا تتوافر إذا كان القانون الجديد ينص على إلغاء التجريم أو تخفيف العقاب. فيكون من مصلحة الافراد المتابعين في قضايا جزائية أن يطبق عليهم القانون الجديد بأثر رجعي مع أن الجرائم اركبوها في الماضي في ظل القانون القديم.

ويجب أن نفرق بين حالتين عند تطبيق القانون الاصلح للمتهم:

إذا كان القانون الجديد يبيح الفعل الذي كان مجرما فانه يطبق بأثر رجعي في جميع مراحل الدعوى العمومية وعلى العقوبة أيضا بحيث يفرج على المحكوم عليه إذا قضى جزءا من العقوبة.

إذا كان القانون الجديد قد خفف من العقوبة فإن المهم الذي يكون في مرحلة التحقيق أو صدر في حقه حكم غير نهائي يستفيد من النص الاصلح. أما إذا كان محكوم عليه يحكم نهائي فلا يستفيد من القانون الاصلح للمتهم.

فالتشريعات الجنائية لا تطبق على الماضي إلا إذا كانت تلغي التجريم أو تخففه وبمفهوم المخالفة إذا كانت تجرم فعلا مباحا أو تشدد العقوبة عليه فلا تطبق على الماضي بأي حال من الأحوال وذلك تطبيقا لمبدأ الشرعية.

النص الصريح على سريان التشريع على الماضي: يجوز للمشرع أن ينص في صراحة في تشريع جديد على سريانه على الماضي لان مبدأ عدم الرجعية يقيد القاضي لا المشرع.

إذا كان القانون الجديد تفسيريا: إذا كان التشريع الجدد صدر لتفسير نص قديم فان سريانه يمتد إلى تاريخ سريان القانون القديم.

[1] احمد سي علي، مرجع سابق، ص306، بتصرف.

المسائل المتعلقة بالأهلية: إذا صار شخصا توافرت فيه الاهلية حسب النصوص القديمة ناقص الاهلية طبقا للنص الجديد فلا يؤثر ذلك على صحة تصرفاته السابقة. حسب نص الفقرة الثانية من المادة 6 من القانون المدني

التقادم: الأصل أن المسائل المتعلقة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه تطبق عليها النصوص القديمة فيما يخص المدة المتبقية على العمل بالنصوص الجديدة.

وإذا قررت النصوص الجديدة مدة أقصر من النصوص القديمة تسري المدة الجديدة من وقت العمل بالأحكام الجديدة ولو كانت المدة القديمة قد بدأت من قبل أما إذا كان الباقي من المدة التي نصت عليها الاحكام القديمة أقصر من المدة التي تقررها الاحكام الجديدة فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي. حسب نص المادة 7 من القانون المدني الجزائري.

الأدلة المعدة مقدما: فيما يخص الأدلة المعدة مقدما يسري عليها النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده. حسب نص المادة 8 م القانون المدني.

المحور الثاني : النظرية العامة للحق

المحاضرة رقم (07): تعريف الحق

موضوع الحق من المواضيع التي عرفت نقاشا حادا بين الفقهاء ووصل الخلاف والنقاش إلى إنكار الفقيه الفرنسي" ديجي "وجود فكرة الحق بحد ذاتها، مستندا إلى صعوبة وضع تعريف للحق ونادى بنظريته عن المركز القانوني بدلا عن الحق.[1]كما حاول البعض إنكار فكرة الحق من الوجهة التاريخية، معتبروها بأنها فكرة حديثة مصطنعة لم تعرف في الشرائع القديمة ولاسيما القانون الروماني، ومن المنكرين أيضا لفكرة الحق الأستاذ" كلسين."

وقد عرف الشيخ علي الخفيف الحق بأنه" مصلحة مستحقة شرعا "وعرفه الأستاذ مصطفي الزرقاء بأنه" اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا "وعرفه الأستاذ أحمد فهمي أبو سنة بأنه :ما ثبت في الشرع للإنسان، أو لله تعالى على الغير.[2]

أما فقهاء القانون المؤيدون لوجود الحق، فقد تجاذبتهم أربعة اتجاهات .فالاتجاه الأول نظر إلى الحق من ناحية صاحبه وهذا هو الاتجاه الشخصي ومضمونه" أن الحق فكرة أو سلطة إرادية مخولة لشخص "والاتجاه الثاني نظر إلى الحق من ناحية موضوعه، وهذا هو المذهب الموضوعي ومضمونه، أن الحق مصلحة يحميها القانون ، والاتجاه الثالث كان وسيطا بين المذهب الشخصي والموضوعي، ويسمى بالمذهب المختلط ومضمونه أن الحق سلطة إرادية تثبت للشخص تحقيقا لمصلحة يحميها القانون.[3]

أما الاتجاه الحديث فقد أبرز عناصر الحق وخصائصه المميزة وصاحب الاتجاه الحديث في تعريف الحق هو الفقيه البلجيكي" دابان"

اختلف الفقهاء في تعريف الحق نظرا لاختلاف وجهات نظر كل مذهب من المذاهب الفقهية حسب مفهومه لعناصر الحق، فظهرت ثلاث مذاهب حاولت تحديد مفهوم الحق وهي: المذهب الشخصي للحق والمذهب الموضوعي للحق والمذهب المختلط، هذا

---

[1] رمضان ابو السعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية .الإسكندرية مصر، 2012، ص7

[2] توفيق حسن الفرج، مرجع سابق، ص438.

[3] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص121

ضمن النظرية التقليدية لتحديد مفهوم الحق بالإضافة للنظرية الحديثة التي سعت هي ايضا لتحديد مفهوم الحق.

النظرية التقليدية لتحديد مفهوم الحق

المذهب الشخصي (الحق قدرة ارادية)

ويتزعم هذه النظرية الفقيه اهريج Ihering ويعرف الحق بانه "مصلحة يحميها القانون" وينظر للحق على أنه قدرة أو سلطة يخولها القانون للشخص للقيام بأعمال وتصرفات معينة في حدود القانون،، وبذلك فان الحق هو سلطة ارادية للفرد في اطار القانون.[1]

وقد انتقدت هذه النظرية لأنها تربط الحق بالإرادة، بينما قد يثبت الحق للشخص دون أن يكون له إرادة، كالمجنون والصبي غير المميز والجنين، كما قد تثبت للشخص حقوق دون عمله بها كالغائب والوارث الذي تنشأ له حقوق دون تدخله في ثبوتها وكذلك الموصى له تنشأ له حقوق عن الوصية دون عمله بها .

بل يذهب منتقدو هذه النظرية لأبعد من ذلك في رفض مبرراتها، بحيث قد يثبت الحق لأشخاص دون ان تنصرف ارادتهم لذلك، كما في حالة الغائب وكذلك بالنسبة للحق في الميراث، كما ان الاعتقاد بهذه النظرية من شانه ان يؤدي الى انكار الاعتراف بالشخص المعنوي كالشركة والجمعية على اعتبار ان السلطة الارادية لا يمكن ثبوتها الا للشخص الطبيعي وهذا ما يوضحه الواقع القانوني الذي يسلم بثبوت الحق للشخص المعنوي كما يثبت للشخص الطبيعي.

المذهب الموضوعي (المصلحة)

نادي بهذا المذهب الفقيه الألماني" اهرنج " (Ihering) الذي أنكر دور الإرادة في وجود الحق وينظر أنصار هذا المذهب إلى الحق من خلال موضوعه، لذلك عرفوا الحق بأنه" مصلحة يحميها القانون[2] " ووفقا لهذه النظرية يقوم تعريف الحق على عنصرين :أولهما وهو العنصر الجوهري يتصل بالغاية العملية من الحق وهي المنفعة

---

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص100.

[2] Jean DABIN,Le droit subjectif, préface de Christian Atias, Dalloz, Paris, 2008,

أو الفائدة التي يخولها الحق وهي ما يسمي بعنصر المصلحة، وثانيهما، وهو العنصر الشكلي، يتصل بالحماية أي حماية هذا الغرض بالذات فلكل حق" مصلحة "لا بد له من عنصر الحماية حتى يكفل احترام المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها، وهذا العنصر هو الدعوى[1] والمصلحة قد تكون مادية مثل حق الملكية أو مصلحة معنوية كالحرية والشرف.وقد وجهت انتقادات لهذا المذهب، بحيث أن المصلحة في ذاتها لا تعد أن تكون مجرد واقعة تلزمها الحماية القانونية لتتحول الى حق، فالمصلحة محمية للاعتراف بها كحق يستحق هذه الحماية فلا المصلحة لكونها الهدف من الحق ولا الحماية لكونها وسيلة لتحقيق الحق ومن ثم فإن مسعى "أهرنج" لا يسمح بدوره بالنفذ الى جوهر الحق. [2]

المطلب الثالث: المذهب المختلط في تعريف الحق: حاول انصار هذا المذهب الجمع بين ما تقدم به فقهاء المذهبين السابقين لوضع تعريف توفيقي للحق، فمن جهة يعتبرون أن الحق هو سلطة ارادية ومن جهة اخرى بانه مصلحة يحميها القانون، وعلى ذلك فقد اقترحوا تعريفا للحق بانه: القدرة الارادية لشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون.[3]

لقد انتقد هذا الاتجاه على انه لم يأت بالجديد وانما حاول التوفيق بين الاتجاه الشخصي والاتجاه الموضوعي واعتبارا لذلك فان الحق ليس هو ذاته الارادة كما لا يمكن القول بانه هو المصلحة ذاتها، ثم انه ليس هذا وذاك معا لان الحق يثبت حتى بدون وجود الارادة والمصلحة هي غاية الحق لا جوهره اذ لا يمكن جمع النقيضين.

النظرية الحديثة في تعريف الحق

تنسب هذه النظرية إلى الفقيه البلجيكي" جون دابان " Dabain فهو كما قال حسن كيرة "تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصا من الاشخاص على

---

[1] توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص445

[2] عباس الصراف، جورج خربون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون – نظرية الحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2005، ص121.

[3] فريدة محمدي، مرجع سابق، ص07

سبيل الانفراد والاستئثار والتسلط على شيء او اقتضاء اداء معين من شخص اخر"[1]، كما عرفه بأنه" ميزة يمنحها القانون لشخص ما وتحميها طرق قانونية، وبمقتضاها يتصرف الشخص في مال أقر القانون استئثاره به وتسلطه عليه بصفته مالكا له أو مستحقا له في ذمة الغير[2]، وقد استمد دابان من هذا التعريف خصائص الحق أو عناصره الأساسية وهي :الاستئثار، والتسلط، و احترام الغير للحق والحماية القانونية.

الاستئثار :أي اختصاص شخص بمال معين .فكل حق يفترض اختصاص شخص بمال معين أو قيمة معينة .والاستئثار يثبت لصاحب الحق ولو لم تتوافر لديه الإرادة المعتبرة قانونا . والاستئثار يرد على الأشياء المادية كالعقار والمنقول، كما يرد على القيم اللصيقة بالشخصية كحياة الإنسان وسلامة بدنه، بل أنه يرد على عمل أو امتناع عن عمل يلتزم به للغير لصاحب الحق[3] .

التسلط :أي قدرة صاحب الحق على التصرف في الشيء موضوع الحق بحرية– وبالكيفية والحدود التي رسمها القانون.

احترام الغير للحق: بضيف دابان عنصر ثالث هو احترام الغير للحق، ويقصد بالغير هنا، كافة الأشخاص في المجتمع، يلتزمون في الامتناع عن كل ما من شأنه المساس باستئثار صاحب الحق وتسلطه عليه. ولصاحب الحق دائما أن يطالب باحترامه وعدم الاعتداء عليه وهذا ما يسميه دابان بمكنة الاقتضاء.

الحماية القانونية: هي العنصر الأخير من عناصر الحق، حيث يرى دابان أن الحق لا يوجد في نطاق القانون الوضعي إلا بتوافر هذه الحماية، وذلك بأن يخول صاحب الحق دعوى يستطيع بها أن يقتضي احترام الغير لحقه، فالشخص لا يستطيع الوصول إلى حقه بيده، بل لا بد من تدخل السلطة العامة.

رغم أن الفقيه دابان تفادى الانتقادات الموجهة للنظريتين السابقتين بعدم الخلط بين مرحلة ثبوت الحق ومرحلة استعماله وبعدم جعله المصلحة اساسا. إن الفقه الحديث

---

[1] حسن كيرة ، مرجع سابق، ص21.

[2] عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص265

[3] حسن كيرة، مرجع سابق، ص41.

يتجه إلى مسايرة نظرية" دابان "بل لقد تأثر الشراح العرب المعاصرين ممن كتبوا في المدخل إلى علم القانون بتعريف دابان ومن جانبنا نرى أن تعريف دابان اقرب التعريفات دلالة على جوهر الحق وقد أخذت به عمليا الكثير من القوانين الحديثة.

المحاضرة رقم (08): اركان الحق وحمايته

عرف الحق بانه استئثار شخص بشيء او بقيمة استئثارا يكفل القانون حمايته، ومن خلال هذا التعريف نستخلص اركان الحق والتي هي ثلاثة اركان هي:

الركن الاول وهو صاحب الحق أو شخص الحق.
الركن الثاني وهو موضوع أو محل الحق
الركن الثالث وهو الحماية القانونية للحق أو مصدر الحق أي من سن له هذا الحق.

1- الركن الاول: صاحب الحق أو شخص الحق

الشخص في نظر القانون هو كل من يصلح لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات والشخصية القانونية هي الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. وتثبت الشخصية القانونية للإنسان أساسا، فلإنسان شخص في نظر القانون لأنه يصلح لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات . ويطلق اصطلح الشخصية القانونية على صاحب الحق، ويؤول الى الاشخاص الطبيعية وهو الانسان أي الافراد كما يشمل اشخاص اخرى نص عليها القانون كالشركات والجمعيات والمؤسسات وهي ما يعرف بالشخص المعنوي او الاعتباري.

ولتمييز الشخصية القانونية التي تثبت للإنسان عن الشخصية القانونية التي تثبت لغيره جرى الاصطلاح على تسمية الإنسان بالشخص الطبيعي، وعلى تسمية غيره بالشخص المعنوي أو الاعتباري أو الحكمي أو المجازي ، وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول فكرة الشخص المعنوي ففي حين يذهب البعض إلى أن الشريعة الإسلامية لم تعرف فكرة الشخصية المعنوية يرى فريق آخر عكس ذلك. وعلى هذا الأساس سنتكلم أولا عن الشخص الطبيعي، وثانيا عن الشخص الاعتباري.

- **الشخص الطبيعي:** يعرف القانون "كل من يتمتع بالشخصية القانونية والتي هي قابلية الشخص لان يكون صاحب الحق او محملا بالالتزام[1].

---

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، 282.

وقد عرفت الإنسانية حالات لم يعترف فيها الإنسان بالشخصية القانونية كالحالة التي في القانون المدني الفرنسي" الموت المدني "حيث كان يعتبر المحكوم بهذه العقوبة بمثابة الميت فتسلخ عنه شخصيته القانونية.

وتتميز الشخصية القانونية للشخص الطبيعي بتحديد بداية ونهاية لها حسب نصوص القانون بحيث ان شخصية الانسان تبدأ بتمام ولادته حيا (المادة1/25 من القانون المدني) بحيث ان الانسان بمجرد انفصاله عن امه وثبوته حيا وتسجيله في سجلات الحالة المدنية، تثبت له اهلية الوجوب التي يكتسب من خلالها الحقوق ويتحمل الالتزامات.

وتنتهي الشخصية القانونية بالوفاة الطبيعية الحقيقية او الوفاة الحكمية، أي ان الفرد الميت وفاة حقيقية يسجل في سجل الوفيات المعد لذلك (نص المادة 26 من القانون المدني) او الوفاة الحكمية والتي تعني ان حياة الفرد تنتهي بحكم قضائي وذلك اذا استحال التاكد من الوفاة الطبيعية ويتحقق ذلك في حالتي الغائب والفقود ولا يمكن للقاضي ان يحكم بالوفاة الا بعد الحكم بالفقدان او الغياب الطويل، وفي هذا الشان فان القانون يفرق بين المفقود والغائب وذلك على خلاف احكام الشريعة الاسلامية المذهب الحنفي حيث لا يفرق بين الغائب والمفقود. وفي القانون الجزائري تنص المادة 443 من قانون الأسرة على أنه "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود" وعليه فالغائب هو الشخص الذي ليست له محل إقامة أو موطن معروف أو له محل إقامة أو موطن معروف، ولكن حال بينه وبين رجوعه إلى إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة نائب، بحيث تتعطل مصالح المرتبطين به من أبناء أو زوجة...الخ.

وتتميز الشخصية القانونية للشخص الطبيعي بما يلي:

الاهلية القانونية والتي تعني صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل التزامات واهلية لمباشرة التصرفات القانونية التي ترتب له حقوق وتضع له التزامات .

وكذا خالي من موانع الاهلية والتي تعني ان الشخص رغم بلوغه سن الرشد واكتمال اهليته ان انه هناك موانع تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية وهذه الموانع اما ان تكون موانع مادية والمتمثلة في غيابه لاداء واجبه، او موانع طبيعية والمتمثلة في عاهتين كالصم والبكم والعمى وبالتالي لا يمكن له ان يعبر عن ارادته تعبيرا صحيحا تحقيقا لمصلحته، او موانع قانونية والمتمثلة في سلب اهليته بحكم قوانين من المحكمة وهو ما نصت عليه المادة 7 من قانون العقوبات الجزائري.

النيابة الشرعية او القانونية والتي تكون للولي كالأب او الام او الوصي الذي يعينه الاب او الجد على القاصر لعدم اكتمال اهليته وهو ما نصت عليه نص المادة 92 من قانون الاسرة الجزائري، بحيث تكون للوصي نفس سلطات الوالي في ادارة اموال القاصر والتصريف فيها، مع انه يكون مسؤولا عما يلحق القاصر من ضرر بسبب تقصيره.

والخاصية الثانية هي الذمة المالية وهي الجانب المالي من الشخصية القانونية الذي يستقبل ما قد ينشأ للشخص من حقوق، وما يمكن ان يترتب عليه من التزامات مالية، من وقت ولادته الى حين وفاته. وتتمثل اهمية الذمة المالية في عنصرين هما حق الضمان العام ومبدأ لا تركة الا بعد سداد الديون. [1]

بالاضافة الى الاسم المعلوم والموطن المعلوم

- **الشخص المعنوي:** الذي عرف بانه مجموعة من الاشخاص تسعى الى تحقيق غرض معين او مجموعة من الاموال مرصودة لتحقيق غرض معين يعترف لها بشخصية معنوية. وفيه الشخص المعنوي العام والخاص.

  ونعني بالشخص المعنوي العام ذلك الشخص الذي يتمتع بالسيادة وحقوق السلطات العامة الشخصية المعنوية ويشكل في مجمله الدولة والولاية والبلدية والمرافق العمومية.

  اما الخاص فقد يكون فردا او مجموعة من الافراد يجتمعون لانشاء جمعيات او شركات تهدف في الحالة الاولى الى تحقيق عمل خيري او اجتماعي وفي

[1] فريدة محمدي، مرجع سابق، ص96.

الحالة الثانية لتحقيق ربح مادي وكلتا الحالتين تتمتع الجمعيات والشركات باعتبارها اشخاصا معنوية بشخصية قانونية وهو ما ذكر في نص المادة 50 من القانون المدني شانهم شان الشخص الطبيعي.
ومن خصائه او مميزاته اهلية الوجوب واهلية الاداء والاسم والموطن الحالة السياسية والذمة المالية والمسؤولية.

الركن الثاني: موضوع او محل الحق

إذا كان للحق صاحب، فله كذلك محل أو موضوع ، و نشير هنا إلى ضرورة عدم الخلط بين محل أو موضوع الحق L'objet du droit و مضمون الحق Le contenu du droit، لأن مضمون الحق هو تلك السلطات التي يخولها الحق إلى لصاحب الحق بينما يقصد بمحل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق بمضمونه (أي بما يتقرر له من سلطات) من شيء أو عمل.

بمعنى آخر محل الحق هو موضوع القيمة المالية الشيء التي تثبت لصاحب الحق ، أما مضمون الحق فيتمثل في تلك السلطات التي يمكن لصاحب الحق أن يمارسها بالنسبة لموضوع تلك القيمة المالية، ويقصد به الاشياء التي يتعلق بها الحق سواء كانت تلك الاشياء مادية او معنوية وسواء كانت العلاقة بين صاحب الحق ومحله مباشرة او غير مباشرة.[1]

وهو الذي يكون بالالتزام بالقيام بالعمل او الالتزام بعدم القيام بحيث يشترط في العمل محل الحق الشخصي ان يكون ممكنا معينا او قابلا للتعيين ومشروعا.[2]

والحق العيني هو الذي يرد على شيء مادي ويخول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء، فيكون لصاحب الحق استعماله مباشرة دون الحاجة الى تدخل شخص اخر لاستعمال حقه، وبدخل ضمن كل حق مالي الا انه هناك اشياء لا تعتبر اموالا، ولا

---

[1] اسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان .المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص11

[2] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص177.

يمكن التعامل فيها بحسب طبيعتها او بحكم القانون ويمكن تقسيمها على هذا الاساس او على اسا طبيعتها او طريقة استعمالها.[1]

فالاشياء التي لا يمكن التعامل فيها بحكم طبيعتها مثل الهواء والضوء والبحر بحيث لا يمكن التصرف فيها بالبيع او التاجير او غيرها من العمليات القانونية وذلك لكونها مخصصة للمنفعة العامة او تمس بالنظام العام والاداب العامة.

اما تقسيم الاشياء من حيث طبيعتها فقد نصت على ذلك المادة 683 من القانون المدني: "كل شيء مستقر في حيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول وبالتالي فالاشياء تقسم الى عقارات ومنقولات.

اما تقسيم الاشياء من حيث طبيعة استعمالها فيكون في الاشياء القابلة للاستهلاك والاشياء غير القابلة للاستهلاك او الاشياء المثلية والاشياء القيمية او الاشياء المثمرة والاشياء غير المثمرة.

الركن الثالث وهو الحماية القانونية للحق أو مصدر الحق أي من سن له هذا الحق.

ونعني مصدر الحق أي انه هناك إقرار القانون للحق بالوجود، تأتي الحماية القانونية في المرحلة لاحقه لنشأة الحق واكتمال وجوده.

-الوسائل القانونية لحماية الحق :

قد يتعرض الحق لإنكار من جانب من يطالب فيه فيضطر صاحبه إلى إثباته وقد يرفض المدين أداء الحق الذي للدائن بذمته طواعية. أو قد يتعرض هذا الحق للاعتداء عليه من جانب الغير. عندئذ يكون الحق في حاجه إلى الحماية القانونية .

أن أمر حماية الحق وتيسير حصول صاحبه عليه يناط بالسلطة القضائية والتي يطرح أمامها النزاع الذي يثور حول الحق ليفصل فيه القاضي بقرار بقال له في الاصطلاح الحكم القضائي

---

[1] فريدة محمدي، مرجع سابق، ص123.

والدعوى هي الوسيلة الفنية أو الإجرائية التي يطرح بها النزاع على القضاء. وإذا كانت الدعوى هي الوسيلة الرئيسية لحماية الحق. إلا إن هناك وسائل قانونية لحماية الحق ونبحث ذلك.

أ/ الوسائل القانونية لحماية الحق دون الدعوى :

هي وسائل القانونية منحت لصاحب الحق للحصول على حقه قبل اللجوء إلى القضاء عن طريق المطالبة بهذا الحق .

أمثلة :

- التقدم إلى السلطات العامة في الدولة أو الجهات الإدارية بالاعتراض على السماح أو عدم السماح لمرشح المجالس النيابية، بسبب توافر أو عدم توافر الشروط المطلوبة للترشيح .
- التقدم بشكوى أو اعتراض إلى أحد النقابات وذلك بسبب قيام تلك النقابة بمنع شخص من مزاولة المهنة دون وجه حق .
- استعمال الشخص حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله .
- لصاحب الحق أن يقوم باحتباس ما هو مطلوب منه أدائه للدائن ما دام أن الدائن لم يفي بالالتزام الذي عليه .

ب/ الدعوى كوسيلة لحماية الحق الموضوعي ويمكن تعريف الدعوى :

مجموعة الإجراءات والقواعد المقررة لكيفية جريان التقاضي أمام القضاء طبقاً لإحكام أصول المرافعات المدنية (أو الجزائية)

ولا بد توافر شروط في الدعوى :

-لمن يقيم الدعوى أن يكون له مصلحة

-يتعين رفع الدعوى في الوقت أو المهلة الذي حدده القانون .

-أن لا يسبق إقامة الدعوى وجود صلح بين المتخاصمين وإن لا يسبقها صدور حكم في موضوعها .

بما إن حماية الحق وتيسير حصول صاحبه عليه، يناط بالسلطة القضائية والتي يطرح أمامها النزاع فإن حسن سير القضاء يقتضي أن يكون التقاضي على درجتين ومعنى ذلك إن الحكم الذي يصدر من المحكمة يمكن عرضه عن طريق استئنافه على المحكمة اعلى درجة لإعادة النظر فيه.

وبذلك أن القضاء يقسم (عادةً) إلى محاكم نظامية ومحاكم شرعية .

-المحاكم الشرعية : تختص بالنظر في قضايا الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنفقة والحضانة

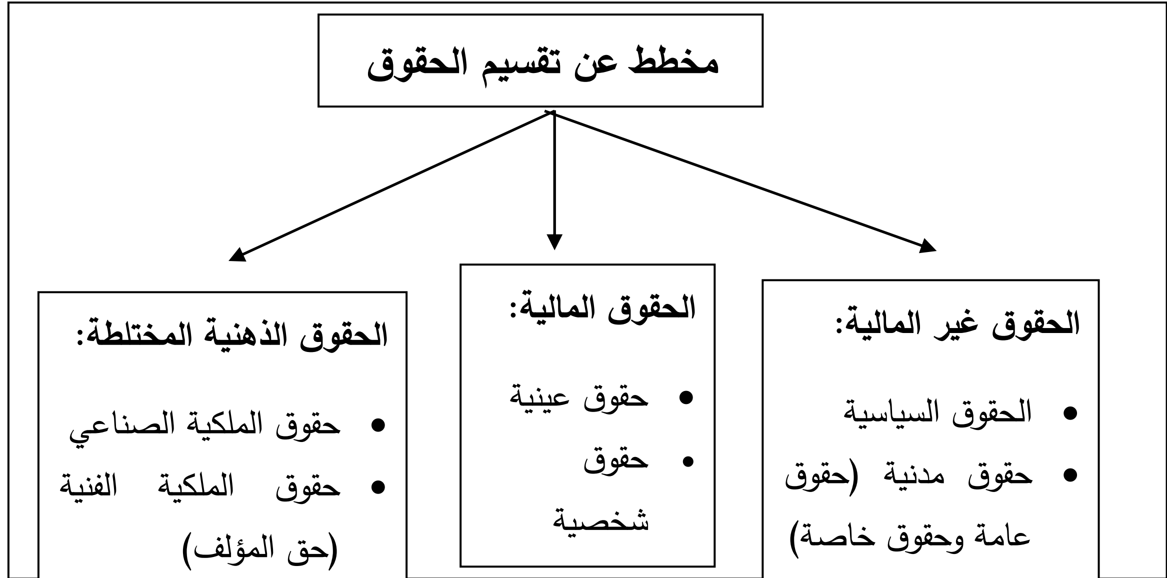
-المحاكم النظامية : تختص في القضايا المدنية والتجارية والجزائية

وقد توجد محاكم أخرى تنظر في نوع معين من القضايا كمحكمة الجمارك والتي تختص بالنظر في المنازعات الجمركية بين الدولة والأفراد .

المحاضرة رقم (09): أنواع الحق

للحق أنواع وتقسيمات فهو يختلف باختلاف موضوعه ومضمونه وأطرافه، وقد اختلفت تقسيمات الحق من فقيه إلى آخر فمنها حقوق سياسية ومدنية وحقوق عامة وخاصة وحقوق عائلية ومالية وحقوق شخصية وأدبية ومعنوية، او الحقوق المالية قد تكون حقوق شخصية تقرر لشخص قبل شخص آخر، وقد تكون حقوق عينية تثبت لشخص على شيء معين واما حقوق معنوية ذهنية، أي هناك حقوق مالية وحقوق غير مالية، هذه الحقوق تمكن صاحبها من استعمالها وفقا لطبيعة هذا الحق وفي حدود نطاقه ومضمونه والسلطات التي يخولها له القانون، فالقانون منح للأشخاص سلطات لتحقيق مصلحتهم في استعمالهم لحقوقهم العينية، أما الحق الشخصي فهو رابطة بين شخصين دائن ومدين بمقتضاها يكون للدائن أن يطالب بأداء معين فإذا نظرنا إليها من ناحية الدائن اتضح لنا جانب الحق فيها.

تتميز الحقوق المالية بأنها كثيرة ومتنوعة بحكم تنوع محل الحق المالي، فقسم الفقه الحقوق إلى حقوق غير مالية وحقوق مالية، ويقوم هذا التقسيم على مدى توافر أو تخلف القيمة المالية في الحق وما يستتبعه من آثار مختلفة.



وعليه سنأخذ بالتقسيم المبين اعلاه وذلك لكون معظم فقهاء القانون يعتدّون به.

1- الحقوق غير المالية: والتي يمكن تقسيمها الى حقوق سياسية وحقوق مدنية، وهذه الاخيرة بدورها تقسم الى حقوق عامة واخرى خاصة.

لا ينصرف هذا من الحقوق الى غاية مادية، بل تخرج من هذه الدائرة فهي غير مرتبطة بالمال وهذه الاخيرة ليس محلا لها، بل القانون هو الذي يحميها لإشباع حاجة معنوية،[1] وتتضمن هذه المجموعة كل من الحقوق السياسية حقوق الاسرة الحقوق اللصيقة بالشخصية.

الحقوق السياسية والحقوق المدنية: فالاولى تتعلق بارتباط الشخص بوطنه اما الثانية فتتعلق بكون الشخص فردا في مجتمعه له مركز قانوني معين بالنظر الى غيره من الافراد وبكونه انسانا يتمتع بما يتمتع به امثاله من الافراد في المجتمع.

الحقوق السياسية أو الدستورية

هي مجموع الحقوق التي يقررها القانون للفرد باعتباره عضوا في سياسية ألا وهي الدولة، وبمقتضاها يتمكن من المشاركة في الحكم، ويدخل تحت هذا النوع من الحقوق حق الترشح وحق الانتخاب وحق تولي الوظائف العامة وحق الحماية في الخارج.[2]

وتسمى بالحقوق الدستورية أيضا لأنها تقرر للفرد بفروع القانون العام، و خاصة القانون الدستوري والقانون الإداري بصفته عضوا رسميا في الجماعة السياسية للدولة بغية تمكينه من الإسهام في الحياة السياسية للجماعة والاشتراك في حكم وإدارة البلاد وتتطلب فيمن يتمتع بها صفة المواطنة، كحق الانتخاب والترشح في الهيئات الانتخابية (المجالس المحلية والولائية، والتشريعية ..الخ) فهي مقصورة (الحقوق السياسية) على من يتمتع بجنسية الدولة ومحدودة على فئة معينة من الوطنيين إذ لا يتمتع بالحقوق السياسية إلا من تتوافر فيه الشروط القانونية كشرط الأهلية، وأنها ليست حقوق خالصة و إنما مختلطة بالواجبات مثلا كحق التصويت. وهذا النوع من الحقوق يتكفل بتحديده وكيفية ممارسته كل من القانون الاداري والقانون الدستوري، وبالتالي فدراسة هذه

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص53.

[2] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص139.

الحقوق يدخل في نطاق القانون العام.[1] ومن هذا فإن الحقوق السياسية في كل دولة تكون قاصرة على المواطنين دون الأجانب ،أما الحقوق المدنية أو الإنسانية فيتمتع بها المواطنون والأجانب عل السواء كقاعدة عامة ،فالجنسية هي معيار التمييز بين من يثبت لهم حقوق سياسية ومن لا يثبت لهم تلك الحقوق.[2] ومن أهم هذه هي الحقوق التي يتمتع بها المواطن دون الأجنبي ما يلي: [3]

*حق الإنتخاب : وهو أن يكون للمواطن في سن معينة أن يدلي بصوته في إختيار أحد المرشحين ،ويكون لرأيه الفردي أثره في إختيار من يتولى سلطة عامة بالنيابة عن أفراد المجتمع السياسي الذي يعيش فيه.

*حق الترشيح : وهو أن يكون للمواطن الحق أن يرشح نفسه ليتولى سلطة عامة في الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته إنتماء سياسيا وذلك يكون دائما متوقفا على توافر شروط معينة يحددها القانون.

*حق تولي الوظائف العامة : وهو أن يكون للمواطن متى إستوفى الشروط التي تحددها قوانين الدولة أن يتولى أية وظيفة عامة في مرافق الدولة سواء كان ذلك التعيين يتم عن طريق المسابقة أو الإختبار

*حق الحماية في الخارج : وهذا يعني أن كل دولة تحمي الحقوق الإنسانية لكل إنسان يعيش على ترابها سواء كان مواطنا أو أجنبيا وذلك في داخل حدودها وإقليمها ، وتلتزم الدولة أيضا بحماية مواطنيها حتى لو كانوا خارج إقليمها فيمكن لكل مواطن أن يلجأ إلى سفارة دولته أو قنصليتها في دولة أجنبية طالبا الحماية أو المعاونة في حالة تعرضه لخطر ،وهذا الحق لا يشارك المواطنين فيه أي إنسان من جنسية أخرى

وهذه الحقوق السياسية تقابلها واجبات أو إلتزامات سياسية تكون واجبة وملزمة للمواطنين دون الأجانب وهي :

---

[1] شكري سرور، النظرية العام للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص40

[2] اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص283

[3] محمد سعيد جعفور، مرع سابق، ص84

*واجب الولاء : يلتزم المواطن بواجب الولاء لدولته ويتلخص هذا الواجب في العمل دائما على المحافظة على أمن الدولة الداخلي و الخارجي ،ولهذا يعتبر المواطن خائنا ومرتكب لجريمة الخيانة العظمى ويعاقب بالإعدام إذا قام بعمل من شأنه المساس بأمن الدولة أو أفشى أسرارها العسكرية أو الإقتصادية أو أضر بأمنها القومي ،في حين أن الأجنبي لو إرتكب نفس الأفعال يعتبر جاسوسا لأن الأجنبي ليس ملزما بواجب الولاء لأي دولة أخرى غير دولته ويعاقب بنفس العقوبة أو أقل منها .

*واجب أداء الخدمة الوطنية : إذ يلتزم كل مواطن في سن معينة بالخدمة العسكرية لفترة يحددها القانون .

*تلبية نداء الدفاع عن الوطن : في حالة الحرب والتهديد بالحرب يلتزم المواطنون بحمل السلاح للدفاع عن الوطن خلافا للخدمة الوطنية.

الحقوق المدنية.

الحقوق المدنية يتمتع بها الإنسان باعتباره فردا في المجتمع ويستوي في ذلك الوطني والأجنبي ومن لا جنسية له، أو هي كافة الحقوق التي تثبت لكل فرد باعتباره إنسانا بعد استبعاد الحقوق السياسية ،ولهذا يطلق عليها الحقوق المدنية أو الحقوق الطبيعية لأنها تثبت لكل شخص طبيعي بغض النظر عن جنسيته، ويطلق عليها البعض حقوق شخصية لأنها تثبت للشخصية الإنسانية وتتصل بالشخصية القانونية للفرد بكافة الخصائص المميزة للشخص الطبيعي . والتي بدورها تصنف الى حقوق عامة وحقوق خاصة.

بوجه عام الحقوق المدنية بعضها يثبت لكافة الناس على قدم المساوات مثل حق الحياة وحق سلامة الجسم وغيرها ولذلك تنص الدساتير عادة على إقرار تلك الحقوق وتنص قوانين العقوبات على تجريم وعقاب أي إعتداء عليها لعامة الناس فحق التقاضي وحق المساواة أمام القانون مكفولان للناس عامة ،فالقتل مثلا إعتداء على حق الحياة وعقوبته واحدة أيا كان المجني عليه وطنيا أو أجنبيا ،صغيرا أو كبيرا ،غنيا أو فقيرا ،ذكرا أو أنثى ،فالقانون يحمي أفراد الجنس البشري كافة.

غير أن هناك بعض الحقوق وإن كانت يمكن أن تثبت للناس عامة ،لكنها تختلف من حيث مداها ومضمونها وأثرها القانوني ومن شخص إلى آخر ،ولهذا يطلق عليها الحقوق الخاصة مثل حق الإرث فهو يثبت للأزواج والفروع والأصول والأقارب فقط من أسرة المتوفي ،وبالتالي لا يثبت لغيرهم من عامة الأفراد ،وكذلك حق الزوج على زوجته في طاعته فهو حق خاص لا يشاركه فيه أخوه أو أبوه مثلا وبالتالي لا يثبت لغيره من الأفراد ومن أنواع الحقوق العامة والخاصة ما يلي : [1]

الحقوق العامة.

بالإضافة إلى الحقوق العامة سالفة الذكر كحق الحياة وسلامة الجسم وصيانة العرض والشرف التي تثبت لكل فرد مهما كانت هويته هناك حقوق أخرى مثل حق التنقل من جهة لأخرى ومن دولة لدولة وحق حرمة المسكن وحق صيانة الأسرار الشخصية في الخطابات والبرقيات والإتصالات الهاتفية وحق الفرد في حماية أمواله العقارية والمنقولة سواء المادية أو الذهنية من الإعتداء عليها.

ومعيار التفرقة بينها وبين الحقوق الخاصة هو أن الحقوق العامة تثبت لكافة الناس على قدم المساواة.

الحقوق الخاصة.

تتعلق الحقوق الخاصة بعلاقات يحكمها القانون الخاص، ومن هذه الحقوق ما يثبت للشخص باعتباره عضوا في أسرة وتسمى حقوق الاسرة،[2] فهي قدرات قانونية يخولها القانون للأفراد ولكنها تختلف من فرد إلى آخر بحسب الحالة الشخصية أو الحالة المدنية فمعيار التفرقة بينها وبين الحقوق العامة ،هو أن الحقوق الخاصة وإن كانت فرعا من الحقوق المدنية كالحقوق العامة ،إلا أنها تخالفها من حيث أنها تثبت للأفراد بأقدار متفاوتة بحسب أحوالهم الشخصية والمدنية فهي ليست متساوية لجميع الأفراد بالطبع.

---

[1] اسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان .المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص287.

[2] MARAIS Astrid, Introduction au droit, 3ème édition, Vuibert, Paris, 2001. p63

ولعل سبب إختلاف الحقوق الخاصة من فرد إلى آخر يكمن في أنها تقوم أحيانا على أسس عائلية كروابط القرابة أو المصاهرة بين العائلات وأحيانا تقوم على أساس الذمة المالية لكل فرد على حده في العائلة الواحدة ،فهي تتميز عن الحقوق العامة بصفة معينة هي صفة الخصوصية ،فالحقوق التي يكون أساسها روابط أسرية أو علاقات الزواج والمصاهرة يطلق عليها الحقوق العائلية.

أما الحقوق التي يكون أساسها الذمة المالية إيجابا أو سلبا يطلق عليها الحقوق المالية

تقسيم الحقوق الخاصة إلى حقوق عائلية ومالية.

الحقوق العائلية.

يطلق عليها أيضا حقوق الأسرة او الاحوال الشخصية وينص عليها عادة القانون الخاص في أحد فروعه فهي مزايا أو قدرات أو سلطات تقرها وتحميها قواعد قانون الأحوال الشخصية على أساس الروابط العائلية مثل صلات القرابة المباشرة وقرابة الحواشي وصلات الزواج والمصاهرة ومثال ذلك حق الإرث وأساسه صلات القرابة والمصاهرة أو الزواج ،وحق تأديب الزوج لزوجته وحق طاعتها له وحقها في إنفاق الزوج عليها وأساسها رابطة الزواج ،وحق الأب في تأديب إبنه وحق الإبن على أبيه في تربيته وأساسها صلة القرابة المباشرة أي صلة الفرع بأصله أو صلة الأصل بفرعه وحق حمل إسم العائلة وحقوق الولاية والوصاية والقوامة وغيرها ،وهذه الحقوق الأسرية أو العائلية ليست حقوقا مالية بحسب طبيعتها أو أصلها فأساسها الروابط العائلية.[1]

ولذلك يعبر عنها بالحقوق غير المالية لأنها لا تقوم بالمال وبذلك فهي خارجة عن دائرة التعامل فلا يجوز بيعها أو شراؤها أو إستغلالها أو إستثمارها أو التنازل عنها لشخص آخر بمقابل أو حتى دون مقابل ،وإن أدت إلى إكتساب أو الإلتزام بحقوق مالية فلا يغير من طبيعتها فهي ثابتة على أصلها أي بإعتبارها حقوق غير مالية وهو أثر من أثارها وليس تعديلا في طبيعتها القانونية ولا في وصفها القانوني.

الحقوق المالية.

[1] اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص289.

ويطلق عليها الأموال لأنها تحقق لأصحابها مصالح يمكن تقويمها بالمال والحقوق المالية تنص عليها وتقررها وتحميها قواعد القانون المدني بصفة أساسية وكثيرا ما تحميها قواعد القانون الجنائي، وتقسم الى حقوق عينية وشخصية ومعنوية.

الحقوق العينية.

هي قدرات أو إمكانيات أو مزايا أو سلطات مباشرة يقررها القانون لشخص معين على شيء محدد بذاته فيستطيع صاحب الحق بما له من قدرة على الشيء أن يستعمل حقه القانوني على ذلك الشيء بدون وساطة شخص آخر لأن سلطته مباشرة ، ما يعني ان الحق العيني يرد على شيء مادي ويخول لصاحبه سلطة مباشرة على هذا السيء أي أن صاحب هذا الحق لا يحتاج الى وسيط لاستعماله، وهذا الوسيط هو المدين.

وتسمى هذه الحقوق بالعينية لانها متعلقة بالعين أي بالشيء المادي،[1]وتنقسم الى أصلية وتبعية.[2]

الحقوق العينية الأصلية.

هي تلك الحقوق العينية المستقلة التي لا تتبع حقا اخر او تستند في وجودها اليه وانما تقصد لذاتها لما تحققه لصاحبها من سلطان على الشيء، [3] ولقد وردت في القانون المدني الجزائري على سبيل الحصر وهي حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق ومق السكن...الخ وسنتناول بعضها فيمايلي:

*حق الملكية : هو أوسع الحقوق العينية الأصلية من حيث مداه وآثاره لأن الشخص صاحب حق الملكية سواء كان شخصا طبيعيا أو إعتباريا يتمتع بصور ثلاث هي حق الإستعمال وحق الإستغلال وحق التصرف. وقد نص عليها القانون المدني الجزائري في نص المادة 674 " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الاشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والانظمة".

---

[1] TAORMINA, Gilles et RICCI, Jean-Claude, Introduction au droit, Hachette Supérieur, Paris, 2006, p47.

[2] MARAIS Astrid, op.cit, p51.

[3] عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص24.

وبالتالي فحق الملكية يسمح لصاحبه بحق الاستعمال الذي يعني استخدام الشيء والاستفادة به، فيما أعد له دون المساس بجوهره ولا استغلاله فاستعمال المنزل يكون بسكنه واستعمال السيارة لركوبها.

كما يسمح له بحق الاستغلال وهو الحصول على ثمار الشيء دون المساس بجوهره كزرع الارض والاستفادة من منتوجاتها. بالاضافة الى حق التصرف الذي يعني استعمال الشيء واستغلاله بما يمس جوهره بحيث يكون قانوني كبيع الشيء او رهنه او التنازل عليه.

*حق الإنتفاع : هو حق عيني يقع على شيء إستعمالي مملوك للغير سواء كان عقارا أو منقولا يخول لصاحبه إستعمال ذلك الشيء أو إستغلاله لمدة محددة وينتهي هذا الحق بموت المنتفع حتما أو بإنتهاء مدته أو بهلاك الشيء محل الإنتفاع. [1]

-ويلتزم المنتفع برد الشيء إلى صاحبه مالك الرقبة في نهاية مدة الإنتفاع به على أن يكون بحالة صالحة للإنتفاع به.

-ويكتسب حق الإنتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبمقتضى القانون وبالوصيحة حسب المواد من 844 إلى 854 من القانون المدني الجزائري (المادة 844 من القانون المدني.)

-يختلف عن حق الإستئجار لأنه عيني بينما الإيجار حق شخصي والعلاقة للمنتفع بالعين محل الحق علاقة مباشرة بينما علاقة المستأجر بالعين المؤجر غير مباشرة حيث يتوسطها المؤجر دائما.

*حق الإرتفاق : وهو الحق الذي يتقرر قانونا وتترتب بناء عليه مصلحة أو منفعة لعقار معين على عقار آخر يتحمل عبء المنفعة أو الإرتفاق. وقد نصت عليه المادة 867 من القانون المدني الجزائري، بحيث يتميز هذا الحق بكون المنفعة تتعلق بالعقار لا بالمالك مما يترتب عليه دوامه رغم تغير المالك[2].

الحقوق العينية التبعية.

[1] فريدة محمدي، مرجع سابق، ص25.

[2] عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص26.

وهي تلك الحقوق العينية التي لا تقوم إلا تبعا لحق آخر أي مرتبط بحق آخر غيرها فلا يتصور قيامها مستقلة كما هو الحال في الحقوق العينية الأصلية ، وهي تبعية لانها لا تنشأ مستقلة وانما تنشا لضمان الوفاء بحق شخصي فتكون تابعة له،[1] وتشمل حق الرهن وحق التخصيص وحق الامتياز متبوع.[2]

*حق الرهن : ينصب حق الرهن مباشرة على شيء، أي يكون محله شيئا ويكون الرهن دائما ضمانا للوفاء بحق شخصي ،وحق الرهن يقوم في الرهن الحيازي ويجوز أيضا في الرهن الرسمي للعقارات أن يترتب حق الرهن ضمانا لدين يعتبر من الحقوق الشخصية[3].

الحقوق الشخصية.

قد تنشأ رابطة قانونية بين شخصين يصبح بمقتضاها لاحدهما (الدائن) الحق في اقتضاء اداء معين من الاخر (المدين)، وتسمى هذه الرابطة بحق الدائنية او الحق الشخصي.[4] فالحق الشخصي هو قدرة أو إمكانية مقررة قانونا لشخص على شخص آخر يكون ملتزما بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، والإمكانية التي يتمتع بها صاحب الحق في كافة الحقوق الشخصية هي القدرة المباشرة على الشخص الملتزم بالحق لإجباره على نوع من العمل أو لإجباره على إعطاء شيء، وحتى لو كان محل الحق إعطاء شيء أو كان محله القيام بعمل وكان ذلك العمل هو الوفاء بدين ففي مثل هذه الحالات لا تكون لصاحب الحق علاقة مباشرة بالشيء محل الحق بل يكون إتصاله بالشيء عن طريق شخص آخر هو المدين ،وكقاعدة عامة فإن علاقة الدائن بالشيء في كل حق شخصي تكون غير مباشرة وأن قدرته على الشيء أو سلطته عليه تكون غير مباشرة أيضا ،وهذا هو الفرق بين القوق الشخصية وبين الحقوق العينية ،حيث تكون فيها إمكانية الدائن على الشيء مباشرة في إستعماله أو إستغلاله أو

---

[1] اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص293

[2] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص109

[3] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[4] MARAIS Astrid, op.cit, p59

التصرف فيه دون وسيط ،ويمكن أن نستنتج قاعدة أخرى مفادها أن الحق الشخصي للطرف الموجب يقابله دائما إلتزام شخصي على الطرف السالب.

ولهذا تكون العلاقة دائما في الحقوق الشخصية قائمة بين شخصيتين قانونيتين سواء كانت أشخاصا طبيعية أو إعتبارية عكس العلاقة في الحقوق العينية فهي تقوم دائما بين شخصية قانونية وشيء.

ومن أمثلة الحقوق الشخصية التي يكون محلها القيام بعمل أن يكون للمشتري الحق في إستلام المبيع ويقابل ذلك الحق إلتزام البائع بتسليم ذلك الشيء المبيع.

أما الحق الشخصي الذي يكون محله الإمتناع عن عمل فمثاله أن يلتزم أحد الرياضيين بعدم القيام بمباريات لحساب أي نادي رياضي خلاف النادي المتعاقد معه على ذلك. أما الحق الشخصي الذي يكون محله إعطاء شيء هو حق المضرور في أن يدفع إليه التعويض المناسب من مرتكب الفعل الضار. ويمكن أن نستخلص الفوارق التالية بين الحق الشخصي والعيني:[1]

*من حيث الأطراف : طرفي الحق شخصان هما الدائن والمدين ،أما الحق العيني فله طرف إيجابي هو صاحب الحق أما الطرف السلبي فهو شيء وليس شخصا.

***من حيث المضمون** : الدائن في الحق الشخصي له سلطة أي قدرة على شخص آخر فيجبره على أداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل معين أو على إعطاء شيء وحتى لو قام الملتزم بإعطاء الشيء لصاحب الحق يصبح له سلطة على الشيء ولكنها غير مباشرة لولا تدخل المدين بالدرجة الأولى لما تحققت قدرته أو تمكنه من الشيء محل الحق بالدرجة الثانية ،فالفارق أن الدائن في الحق العيني له سلطة مباشرة على الشيء دون تدخل من الغير.

***من حيث الأثار القانونية :**

أولا/ الحق العيني يخول صاحبه ميزتين هما حق التتبع وحق الأفضلية أو الأولوية.

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص217

1/ حق التتبع : أن الحق العيني على الشيء محل الحق العيني يستطيع أن يتتبع ذلك الشيء في أية يد أخرى فيسترده من أي حائز آخر بمقتضى سلطته على الشيء محل الحق العيني ومثال ذلك مالك السيارة يستطيع أن يستردها ممن سرقها وممن إشتراها أو إرتهنها من ذلك السارق .

2/حق الأفضلية : يكون حق الأفضلية أو الأولوية في الحقوق العينية وبموجبه يكون صاحب هذا الحق مفضلا وتكون له الأسبقية أو الأولوية في إستيفاء حقه قبل غيره من الدائنين ،ومثال ذلك الدائن المرتهن لعقار أو منقول يكون له الحق في إستيفاء دينه عند بيع الشيء محل الرهن وما تبقى من ثمن المرهون يكون لغيره من الدائنين [1].

أما الحقوق الشخصية فلا يتمتع صاحبها بأي هاتين الميزتين بل يكون له أن يطلب حق إختصاص من المحكمة عند التنفيذ يخضع للنصوص القانونية التي تحدد دوره فيما بين حقوق الإمتياز عند التنفيذ.

ثانيا/ التنازل عن الحق الشخصي كحق الدائنية مثلا فلا يجوز التنازل عنه برضاء المتنازل عن الحق والمتنازل له عنه بل لابد من موافقة المدين أيضا أو إبلاغه بذلك في حوالة الحق المدني كقاعدة عامة في المواد المدنية لتسري الحوالة على المدين ،أما التنازل عن الحق العيني فلا تلزم فيه موافقة طرف ثالث بل يكفي برضا المتنازل له وصاحب الحق دون غيرهما.

ثالثا/ التقادم قد يؤدي أحيانا لإكتساب الحق العيني كما هو الحال في الحيازة المكسبة للملكية ،فالتقادم لا يؤدي إلى زوال الحق العيني أو إنقضائه، أما الحق الشخصي فهو لا يكتسب بالتقادم أبدا بل على العكس فإنه يتقادم بمضي 15 عاما في حق الدائن حسب نص المادة 308 من القانون المدني(المادة 308 من القانون المدني)

الحقوق المعنوية ، او الحقوق الذهنية: وتسمى أيضا بحقوق الملكية الفكرية لأنها لا تنصب على أشياء مادية يمكن إدراكها بالحس أي غير مادية، بل على نتاج فكر الإنسان (منتوج ذهني) كالمؤلفات العلمية والأدبية أو البرمجيات المعلوماتية والموسيقية

---

[1] اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص296.

والمبتكرات أو اختراعات والنماذج الصناعية والتجارية، وتمكن لصاحبها الوصول إلى منفعة مالية. وتمتد الحقوق المعنوية إلى مقومات المحل التجاري (Fond de commerce) ولكن لا تجري حماية الحقوق المعنوية التجارية بالقانون التجاري و إنما بقوانين خاصة. والحقوق المعنوية بخلاف الحقوق العينية لا ترد على شيء مادي مباشرة، و بخلاف الحقوق الشخصية لا تفرض واجباً خاصاً على شخص معين بالذات، بل كالحقوق العينية تفرض الواجب على الناس جميعاً، وهو قدرة يقرها ويحميها القانون لشخص على إنتاجه الفكري أو الذهني أو الأدبي أو الفني أيا كان نوعه فيكون له الإحتفاظ بنسبة ذلك الإنتاج إليه دائما ويحتكر المنفعة المالية التي تنتج من إستغلاله. أما حقوق المخترعين في المجالات التقنية كأصحاب الأسماء التجارية فهي حقوق أدبية ولكنها تدرس في القانون التجاري ،والحقوق المعنوية تقترب من حق الملكية ولكنها لا تنصب على ماديات ،بمعنى أن محل الحق المعنوي لا يكون شيئا ماديا ملموسا ،إنما هو شيء معنوي يمكن تصوره فقط ،لذلك نقول بأن هذا النوع من الحقوق له طابع معنوي وله طابع مالي في نفس الوقت ،فهو يخول لصاحبه حق إستغلال وإستثمار إنتاجه الفكري بل والتصرف فيه بالبيع غير أن التصرف قاصر على الشق الإستغلالي من الحق دون الشق الأدبي.

وقد قال جانب من الفقهاء بأن الحق المعنوي يعتبر حقا عينيا كحق الملكية ومن المعلوم أن حق الملكية يكون محله عقارا أو منقولا على السواء ويكون قابلا للتصرف ،وقال البعض بأنه حق الشخصية ومحله المنقول غير المادي والحق المعنوي يعتبر مقولا معنويا ولطن الحقوق الشخصية غير قابلة للتعامل فيها ،ويرى جانب آخر أن الحق المعنوي من نوع خاص فهو ليس حقا عينيا يقع على عقار أو منقول مادي وهو أيضا ليس حقا شخصيا لأن محله ليس أداء عمل ولا الإمتناع عن عمل شخصي . الراجح في الفقه أنه حق له طبيعة قانونية خاصة ويستند هذا الرأي إلى أن التشريعات تنص على إعتباره كذلك ويصدر عادة قانون خاص يتضمن أحكام الحقوق الشخصية المعنوية مستقلا عن الحقوق العينية والشخصية التي ينص عليها عادة القانون المدني [1].

[1] اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص298.

قائمة المراجع

القوانين

1. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم
2. التقنين المدني الصادر بمقتضى -الأمر رقم 75-58 والمؤرخ في 26-9-1975 المعدل والمتمم
3. قانون الاسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، الجريدة الرسمية الصادرة في 12 جوان 1994

باللغة العربية

1. احمد السعيد الزقرد، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الاول، نظرية القانون ، القاهرة، دار النهضة العربية، 2001
2. أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار الأكاديمية للطبع والنشر والتوزيع، 2013.
3. احمد محمد رفاعي، المدخل للعلوم القانونية" نظرية القانون، برنامج الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة بنها، 2008
4. اسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان .المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص287.
5. البدراوي عبد المنعم، مبادئ القانون، دار الكتاب العربي، بيروت، 1975.
6. بعلي محمد الصغير ، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006.
7. بكر عبد الفتاح سرحان، الثقافة القانونية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2012
8. تناغو سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986.
9. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، دار الجامعة، القاهرة، 1993.

10. جلال ابراهيم، المدخل لدراسة القانون(نظرية القانون) ، القاهرة ، 1995

11. حبيب ابراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان .المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999.

12. حمزة خشاب، مولود ديدان، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر 2014.

13. خليل احمد حسن قدادة، 2002 شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

14. الداودي غالب علي ، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، 2004.

15. ذنيبات محمد جمال مطلق ، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون- نظرية الحق، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012.

16. رفاعي احمد محمد ، المدخل للعلوم القانونية- نظرية القانون-، محاضرات ألقيت على طلبة المستوى الأول، فصل دراسي أول، جامعة بنها، مصر، 2008

17. رمضان ابو السعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية .الإسكندرية مصر، 2012

18. زعلاني عبد المجيد ، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، دار هومة، الجزائر، 2007.

19. زهران همام محمد محمود ، المدخل إلى القانون نظرية القانون، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2010

20. سامية لموشية، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، منشورات منصور الوادي، الجزائر، 2022.

21. سرور شكري ، النظرية العام للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص40

22. سلطان انور ، المبادئ القانونية العامة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005.

23. السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
24. سي علي احمد ، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار الأكاديمية للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011،
25. شمس مرغي علي، القانون الدستوري، عالم الكتاب، مطبعة التاليف، مصر، 1987.
26. الصراف عباس ، جورج خربون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون – نظرية الحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2005.
27. الصغير حسين ، النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي والشرعي– دراسة مقارنة–، الطبعة الثانية، دار المحمدية، الجزائر، 1999.
28. عدنان طه الدوري، المبادئ العامة للقانون، منشورات الجامعة المفتوحة، مصر، 1994.
29. عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية،(النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، دار ريحانة، الجزائر،2000
30. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة في ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
31. فاضلي ادريس، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016
32. قدادة خليل احمد حسن ، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005
33. كيرة حسن ، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الطبعة السادسة، الإسكندرية، مصر، 2003
34. لحسين بن شيخ أث ملويا، مدخل إلى دراسة القانون، الكتاب الأول : النظرية العامة للقانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017،
35. لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006 .

36. مجمع اللغة العربية، الجزء2، 1985، ص793
37. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006،.
38. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون نظرية الحق المؤسسة الفنية للطباعة والنشر القاهرة 1993.
39. محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، الدار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، 2004.
40. محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الأول، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة التاسعة عشرة، دار هومة، الجزائر 2012.
41. مرقس سليمان ، المدخل للعلوم القانونية، عالم الكتاب الحديث، القاهرة،1987
42. مصطفى محمد الجمال، محمد محسن قاسم، النظرية العامة للقانون القاعدة لقانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2001.
43. مصطفى محمد جمال، محمد محسن قاسم ، 2001 النظرية العامة للقانون – القاعدة القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية2001
44. مولود منصور، بحوث في القانون الدستوري، موفر للنشر، الجزائر، 2010.
45. النجار عبد الله مبروك ، أصول القواعد القانونية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، القاهرة دون دار نشر، 2006.
46. نجيدة علي حسين ، المدخل للعلوم القانونية، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية .دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.
47. هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، موجز المدخل للقانون (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحقو تطبيقاتهما في التشريع الجزائري)، منشورات دحلب، الجزائر، 2003، ص19).

باللغة الاجنبية

1. BOCQUILLON Jean-François, MARIAGE Martine , Introduction au droit, Dunod, Paris, 1999.
2. Jean DABIN,Le droit subjectif, préface de Christian Atias, Dalloz, Paris, 2008,
3. Malinvaud Philippe, Introduction à l'étude du droit, 13ème edition, Lexis Nexis, Paris, 2011., p37
4. MARAIS Astrid, Introduction au droit, 3ème édition, Vuibert, Paris, 2001. p63
5. Patrick courbe, Introduction générale au droit, Dalloz, Paris, 1999.
6. TAORMINA, Gilles et RICCI, Jean-Claude, Introduction au droit, Hachette Supérieur, Paris, 2006, p47.

فهرس المحتويات